

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

6 | Overheidsonderneming in de praktijk

1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is het algemeen theoretisch juridisch kader zoals dat geldt op nationaal en Europees niveau voor de overheidsonderneming geschetst. Er zijn aandachtspunten die naar voren komen in specifieke gevallen. Deze worden verduidelijkt door de bestudering van een aantal *case studies* van overheidsondernemingen in de praktijk. In algemene zin is reeds aan de orde gekomen dat het publieke aandeelhouderschap een aanvullende rol ten opzichte van andere vormen van regulering heeft. Aan de hand van de geselecteerde *case studies*, onderzoek ik of dit uitgangspunt ook in de praktijk geldt. Gekozen is voor de behandeling van een drietal *case studies* binnen zogenoemde nuts- of netwerksectoren, namelijk die van luchtvervoer, spoorwegen en elektriciteit.¹ Het betreft een studie naar respectievelijk NV Luchthaven Schiphol, de Nederlandse Spoorwegen NV en TenneT BV. Ondanks de grote verscheidenheid aan overheidsondernemingen, is een keuze voor een beperkt aantal *case studies* gemaakt. Het onderzoek richt zich met name op overheidssturing binnen privaatrechtelijke rechtsvormen die in beginsel voor onbepaalde tijd gewenst is vanwege de politieke keuze een minimale ondergrens te verzekeren voor de behartiging van bepaalde publieke belangen. Vanuit dit perspectief zijn de overheidsondernemingen die in beginsel tijdelijk worden aangegaan – zoals de deelneming van de Staat in financiële instellingen – op het eerste gezicht minder relevant. Daarbij moet echter de kanttekening worden gemaakt dat het – zoals reeds besproken in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 2 – de vraag is hoe tijdelijk deze tijdelijke deelnemingen in de praktijk zijn. Ondanks het voornemen van tijdelijkheid, lijkt de (soms gestage en gedeeltelijke) terugtrekking in bepaalde ‘tijdelijke’ overheidsondernemingen erop te wijzen dat ook tijdelijke overheidsdeelnemingen jarenlang kunnen worden aangehouden.² Desalniettemin heb ik ervoor gekozen deze ‘tijdelijke’ overheidsondernemingen, zoals de financiële instellingen, niet afzonderlijk te behandelen. Slechts voorzover deze elementen bevatten die interessant zijn in het kader van dit onderzoek zal hier aandacht aan worden besteed, in het

1 Zie K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 112-114.

2 Dit is begrijpelijk omdat het niet eenvoudig is te bepalen wanneer het geschikte moment voor beëindiging van de ‘tijdelijke’ deelneming daar is.

bijzonder is daarbij te denken aan de reeds in paragraaf 4.1.2 en paragraaf 4.2.2 van hoofdstuk 4 besproken commissarissen bij ING die op ‘voordracht’ van de minister van Financiën zijn benoemd en de instelling van een stichting beheer financiële deelnemingen.

2 NV LUCHTHAVEN SCHIPHOL

2.1 Bedrijf Schiphol

2.1.1 Algemeen

In dit hoofdstuk komen vragen aan de orde met betrekking tot de discussie omtrent de verkoop van een deel van de aandelen die de Staat in de luchthaven Schiphol houdt. De volgende vragen staan centraal. Welke publieke belangen dient de NV Luchthaven Schiphol (hierna: NVLS) te behartigen?³ Op welke wijze wordt in de huidige situatie voorzien in de behartiging van deze belangen? En waarom werd overheidsaandeelhouderschap zo cruciaal beschouwd dat de geplande verkoop van een deel van de aandelen door de Staat werd afgeblazen?

Om in de volgende paragrafen tot een beoordeling te kunnen komen van de plannen van het toenmalig kabinet Balkenende II om de publieke belangen gemoeid met de exploitatie van Schiphol te waarborgen, zal ik eerst in deze paragraaf de ontstaansgeschiedenis van luchthaven Schiphol bespreken. Hierbij ligt de nadruk op een bespreking van de verschillende publieke belangen en de verhouding tussen de betrokken publieke aandeelhouders.

2.1.2 *Historie van Schiphol; van militaire vliegwei tot structuurvennootschap*

Schiphol wordt tijdens de Eerste Wereldoorlog gebruikt als militaire luchthaven. Na deze oorlog wordt Schiphol opengesteld voor de burgerluchtvaart en in 1919 vertrekt de eerste vlucht van de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (hierna: KLM) vanaf het vliegveld. In 1926 koopt de Gemeente Amsterdam de vliegwei Schiphol om de bezoekers van de Olympische Spelen van 1928 in Amsterdam via de lucht te kunnen ontvangen en zij neemt het beheer ervan over. Schiphol krijgt als één van de allereerste vliegvelden in Europa een verharde baan.

Schiphol wordt aanvankelijk niet direct gezien als de nationale burgerluchthaven van Nederland. Luchthavenfaciliteiten worden oorspronkelijk nog voornamelijk gezien als een deel van de gemeentelijke infrastructuur waarvoor

3 De NVLS gebruikt als handelsnaam Schiphol Group. Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 144 raad te plegen via de website www.schipholgroup.com. Ik gebruik hierna de afkorting NVLS wanneer ik N.V. Luchthaven Schiphol bedoel.

de gemeente de verantwoordelijkheid draagt en waarover zij de volledige zeggenschap heeft.⁴ De drie grote steden, Amsterdam, Rotterdam en Den Haag, concurreren begrijpelijkerwijs om de vestigingsplaats te worden van de nationale luchtvaartmaatschappij KLM. Maar ook de landelijke politiek mengt zich in de discussie over welke stad de vestigingsplaats van de nationale luchtvaartmaatschappij moet worden. Het is reeds in deze vroege fase duidelijk dat 'het' publieke belang van Schiphol voor de Nederlandse economie niet bestaat, maar dat er verschillende landelijke en regionale publieke belangen zijn. Na langdurig overleg valt de keuze van de KLM op Schiphol, bij Amsterdam. De voornaamste reden hiervoor is, dat de zakelijke markt die Amsterdam biedt, lucratiever lijkt te zijn dan de Haagse, meer ambtelijke markt.⁵ De luchthaven Schiphol werd door de gemeente Amsterdam gedreven als naamloze vennootschap.

Pas in 1946 krijgt Schiphol het predikaat 'nationale luchthaven'. De regering wijst, op advies van de Rijkscommissie Luchtvaartterreinen, de tot dan toe door de gemeente Amsterdam geëxploiteerde luchthaven Schiphol aan als 'wereldluchthaven van Nederland'.⁶ Er verstrijken enkele jaren voordat de meerderheid van de aandelen van de luchthaven in staatshanden wordt gebracht en de juridische kwalificatie van Schiphol als nationale luchthaven bewaarheid wordt. Dat ook de uit de Luchthaven Schiphol NV te vormen zogenaamde *nationale* onderneming in een privaatrechtelijke naamloze vennootschapsvorm moet worden gedreven, is echter niet voor iedereen een logische keuze. Hoewel de luchthaven die sinds 1951 in staatshanden is, in de privaatrechtelijke NV-vorm wordt gedreven, prefereert de burgemeester van Amsterdam de mogelijkheid om de luchthaven onder te brengen in een publiekrechtelijk orgaan op grond van de net ingevoerde Wet Gemeenschappelijke Regelingen van 1 april 1950.⁷ De achterliggende gedachte daarbij is dat de politieke en militaire belangen moeilijker te combineren zijn met het civiele luchtverkeer in de privaatrechtelijke rechtsvorm. De gemeente Amsterdam legt derhalve de nadruk op het publieke belang dat met de exploitatie van de luchthaven is gemoeid, om aldus de Staat te bewegen de privaatrechtelijke vennootschap om te zetten in een publiekrechtelijk orgaan.

Niet geheel onbelangrijk daarbij was de gedachte dat de exploitatie van Schiphol in een publiekrechtelijk orgaan gepaard zou (moeten) gaan met omvangrijke investeringen door de Staat. De Staat voelt niet veel voor een

4 A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

5 Zie A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

6 Op 8 oktober 1945 wordt het besluit genomen in de regering.

7 De optie om de onderneming in een staatsbedrijf te drijven wordt door de gemeente Amsterdam niet overwogen, daar zij in deze beheersvorm alle zeggenschap aan de Staat zou verliezen.

wijziging van de beheersvorm van de luchthaven, mede omdat de met de publiekrechtelijke rechtsvorm gemoeide investeringen voornamelijk ten goede zouden komen aan de door de gemeente Amsterdam vertegenwoordigde belangen.⁸ Aldus wordt besloten om de nationale luchthaven in de NV vorm te drijven. Het bovenstaande meningsverschil illustreert dat op het niveau van de Rijksoverheid en gemeentelijk niveau verschillend wordt gedacht over de financiering en rechtsvorm van Schiphol en derhalve verschil van mening bestond over de wenselijke mate van (rijks)overheidsbemoeienis. Deze problematiek is nog steeds actueel.

Hoewel er in 1956 overeenstemming wordt bereikt tussen de betrokken partijen over de oprichting van de NVLS, moet deze nog wel bij wet worden geregeld. De goedkeuring door het parlement – zoals besproken in hoofdstuk 2 – was vereist, omdat het de oprichting betrof van een privaatrechtelijke rechtspersoon die publieke taken van de overheid overneemt.⁹ Met de opmerking in de Tweede Kamer dat de totstandkoming van de NV bijzonder lang heeft geduurd,¹⁰ wordt het wetsvoorstel aangenomen.¹¹

Omdat gemeentelijke exploitatie het budget van de gemeente Amsterdam ver te boven zou gaan, geeft ook de Amsterdamse gemeenteraad haar goedkeuring, zij het niet van harte. De gemeente moet zich neerleggen bij het feit dat de exploitatie van de luchthaven een nationale aangelegenheid is geworden.¹² Wel bleef de NVLS voor de gemeente ‘min of meer controleerbaar via bestaande bestuurlijke kanalen’ door de bevoegdheden die haar publieke aandeelhouderschap meebracht.¹³ Uiteindelijk wordt de NVLS op 22 januari 1958 opgericht.¹⁴ De overheidsdeelneming in de NVLS is een feit. De Staat wordt de belangrijkste aandeelhouder in de onderneming met 47.500 aandelen, gevolgd door de gemeenten Amsterdam – met 25.000 aandelen – en Rotterdam – met 1.000

8 Bovendien gaat het volgens de minister bij Schiphol specifiek om het commerciële karakter, *Kamerstukken II 1957/58*, p. 3012, bij brief van 8 oktober 1957.

9 De publieke functie van de luchthaven was duidelijk, maar om het gebruik van de privaatrechtelijke NV-vorm te rechtvaardigen diende met name het bedrijfsmatige karakter van de vennootschap te worden benadrukt in de statuten. Onder de huidige comptabiliteitswet is slechts de schriftelijke mededeling aan het parlement vereist. Zie hoofdstuk 3 par. 3.2.

10 Zie *Kamerstukken II 1957/58*, 8 oktober 1957, in het bijzonder p. 3005, waar de Minister wordt herinnerd aan een vier jaar eerder gemaakte opmerking met betrekking tot de totstandkoming van de nieuwe beheersvorm: ‘dat de geduldphase al enige tijd voorbij was.’

11 Zie *Kamerstukken II 1957/58*, 8 oktober 1957, p. 3016.

12 Zie hieronder met betrekking tot het Amsterdamse voorstel om de aandelen weer allemaal van de staat over te nemen.

13 Zo krijgt de gemeente Amsterdam het recht om vier commissarissen te benoemen. Ook de gemeente Rotterdam heeft – naast de minister van Verkeer en Waterstaat, die zes commissarissen benoemt – het recht om een commissaris te benoemen. Zie *Kamerstukken I 1957/58*, 10 december 1957, p. 3014 en A.M.C.M. Bouwens, M.L.J. Dierikx, *Op de drempel van de lucht: Tachtig jaar Schiphol*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

14 Het streven van de minister om de oprichtingsakte van de NVLS nog in 1957 te ondertekenen wordt niet gehaald. Zie *Stb.* 1958, 21 februari, nr. 246.

aandelen.¹⁵ Dat de aandelen in deze overheidsonderneming zijn verspreid over verschillende publieke aandeelhouders, is een weerspiegeling van het feit dat verschillende publieke belangen worden behartigd. Deze spreiding brengt echter praktische problemen met zich, die mijns inziens niet onoverkomelijk hoeven te zijn. Wanneer een meningsverschil tussen de verschillende publieke aandeelhouders bestaat over de uit te zetten koers voor NVLS, is het de vraag hoe een mogelijke impasse zo objectief en gerechtvaardigd mogelijk kan worden doorbroken. Ik kom hier later op terug.

De Nederlandse Staat speelt van meet af aan een belangrijke rol in de Nederlandse luchtvaart. De ratio achter deze betrokkenheid is tweeledig. In de eerste plaats wilde Nederland aansluiten bij de bestaande praktijk in andere Europese landen. Ieder land van enige betekenis moest een eigen luchtvaartmaatschappij en een daarvoor geoutilleerde nationale luchthaven hebben, zodat het niet van andere nationale luchtvaartmaatschappijen afhankelijk is. In de tweede plaats speelden de sociaal-economische voordelen verbonden aan het bezit van een luchthaven een grote rol.¹⁶

Nadat Nederlands-Indië als lucratieve bestemming voor Schiphol wegviel, was echter een drastische wijziging van het beleid van Schiphol nodig om het nadeel van een kleine thuismarkt op te heffen. Het bedrijf zag zich gedwongen om zich te concentreren op het verbinden van steden in het buitenland. De eerste tien jaren na de oorlog hebben KLM en Schiphol een groot voordeel ten opzichte van het Duitse Lufthansa vanwege het aan Duitsland opgelegde verbod op luchtvaart.¹⁷ Schiphol wordt zodoende een belangrijke tussenstop voor overstappende passagiers en ontwikkelt zich tot een transferluchthaven bij uitstek.¹⁸

Ook de steeds verdergaande liberalisering van het luchtvaartverkeer schept nieuwe groeimogelijkheden. Nederland is het eerste Europese land dat een

15 Zie *Kamerstukken II 1957/58*, 8 oktober 1957, p. 3005. De gemeente Rotterdam kreeg in 1945 toestemming om de gemeentelijke luchthaven te blijven exploiteren, zij het dat Schiphol de nationale luchthaven zou worden. Om het nationale karakter van Schiphol te benadrukken kreeg ook de gemeente Rotterdam zeggenschap en enkele aandelen in de vennootschap.

16 *Kamerstukken II (MvA) 1956/57*, p. 2. Hoewel niet expliciet door de regering opgemerkt wordt dat een nationale luchtvaartmaatschappij in verband met de bereikbaarheid van de Nederlandse overzeese gebieden door de Nederlandse overheid als onontbeerlijk gezien. Om deze reden is de overheid de initiatiefnemer achter de lijn Amsterdam-Batavia en wordt direct na de Tweede Wereldoorlog zelfs 23 miljoen gulden beschikbaar gesteld voor de aankoop van nieuwe vliegtuigen om zo snel mogelijk weer een dienstregeling tot stand te kunnen brengen voor de verbinding met de koloniën.

17 M.L.J. Dierikx, *De vrijheid in beeld: Nederland en Amerika, 1945-nu*, Den Haag: Sdu 1997.

18 Door het Institute of Aviation Transport (IAT) wordt Amsterdam, naast Parijs, Londen en Frankfurt, reeds dan als één van de vier grote Europese Hub-vliegvelden beschouwd. Zie J. Pavaux, A. Maguet, C. Bathe, *The Potential Impact of Air Transport Liberalisation on Airport Competition in Northern Europe*, Institute of Aviation Transport (IAT): Paris 1986, p. 19 e.v. Dit ondanks het gemis van een grote thuismarkt zoals de andere drie vliegvelden die wel hadden.

zogeheten *open skies*-verdrag sluit met de Verenigde Staten.¹⁹ Deze overeenkomst tussen KLM en Northwest Airlines geldt als een belangrijke nieuwe trend in de internationale luchtvaart.²⁰

Vanaf de jaren '80 wordt de rol die de luchthaven voor de Nederlandse economie speelt, steeds sterker benadrukt: Schiphol moet zich profileren als het mondiale overslag- en distributiecentrum van Europa.²¹ De doelstelling van de onderneming wordt het bevorderen van Schiphol tot *mainport*.²² Zoals we in de volgende paragraaf zullen zien is deze doelstelling nog steeds in de strategie van de luchthaven terug te vinden.

2.1.3 De Naamloze Vennootschap Luchthaven Schiphol

Zoals hierboven uiteen is gezet wordt de luchthaven Schiphol geëxploiteerd door een NV, te weten NVLS. Deze vennootschap valt onder het structuurregime. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de doelstelling en de organisatie.

Doelstelling

In artikel 3 lid 1 van de statuten die gelden per 1 december 2008 van de NVLS is de volgende omschrijving van het doel van de vennootschap te vinden.²³

'Het doel der vennootschap is het (doen) aanleggen van (een) luchthaven(s), alsmede het (doen) uitoefenen van het luchthavenbedrijf, waaronder begrepen het (doen) onderhouden, ontwikkelen en exploiteren daarvan, in de ruimste zin des woords, en voorts het verrichten van alle andere handelingen van commerciële of financiële aard, hetzij direct hetzij indirect verband houdende met het luchthavenbedrijf, zowel voor eigen rekening als voor rekening van, dan wel in gemeenschap of samenwerking met derden.'

In het jaarverslag van 2011 staat een nadere omschrijving van het streven van de vennootschap: 'Schiphol Group wil duurzame waarde creëren voor haar stakeholders, die verschillende belangen hebben (...) De missie van Schiphol Group is Nederland via de Mainport Schiphol te verbinden met belangrijke

19 Een *open skies* verdrag is een overeenkomst waarbij wordt afgesproken dat de desbetreffende landen over en weer onbelemmerd van elkaars luchthavens gebruik mogen maken in afwijking van de gebruikelijke praktijk dat in beginsel voor iedere vliegbeweging toestemming is vereist.

20 M.L.J. Dierikx, *Blauw in de lucht. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij 1919-1999*, Den Haag: Sdu 1999.

21 Zie het rapport *Schiphol naar het jaar 2000* met pakkende formuleringen van de doelstelling als 'het Rotterdam van de lucht' of een *gateway to Europe*, p. 379.

22 *Mainport* is de Engelse naam voor een luchthaven welke een belangrijk knooppunt van goederen- en personenvervoer is, en niet in de eerste plaats de eindbestemming hiervan.

23 De doelstelling van een NV moet op grond van art. 2:66 lid 1 BW in de statuten worden opgenomen.

steden en regio's in de wereld. Amsterdam Airport Schiphol wil Europe's preferred airport zijn en blijven, de luchthaven die waardering oogst met zijn kwaliteit, capaciteit en zijn uitgebreide netwerk van bestemmingen.²⁴

We kunnen aldus constateren dat – hoewel dit niet expliciet uit de statutaire doelstelling blijkt – de NVLS, ondanks grote deelnemingen in andere (buitenlandse) luchthavens, hoofdzakelijk is gericht op de versterking van de positie van Amsterdam Airport. Hoewel de luchthaven sterk nationaal georiënteerd is, blijkt uit de doelstelling niet dat de activiteiten van de NVLS zich dienen te beperken tot het exploiteren van een in Nederland gelegen luchthaven. Aanknopingspunten in de statuten voor de band van de NVLS met Nederland zijn te vinden in het feit dat is gekozen voor de NV-vorm, met Nederland als land van vestiging zoals wettelijk vereist en de keuze van de vestigingsplaats van de vennootschap, te weten de Nederlandse gemeente Haarlemmermeer.²⁵ Aanvankelijk konden op grond van de statuten slechts in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen deelnemen in het kapitaal van de vennootschap.²⁶ Maar mede met het oog op de samenwerking tussen de Nederlandse en Franse nationale luchtvaartmaatschappijen, heeft Aéroports de Paris een belang van 8 procent van de aandelen verworven, hetgeen mogelijk is door de ontheffing die de algemene vergadering van aandeelhouders kan verlenen op grond van artikel 4 lid 5 in de statuten.

De activiteiten van NVLS strekken zich duidelijk uit tot buiten de grenzen van Nederland. De vennootschap is niet alleen eigenaar en exploitant van Amsterdam Airport Schiphol, maar bezit ook aandelen in vennootschappen buiten Nederland. Via een dochter 'Schiphol USA Inc.' neemt de NVLS deel in JFK IAT.²⁷ Bovendien heeft de NVLS een belang in Brisbane Airport Corporation Holding Pty Ltd., de exploitant van de luchthaven van Brisbane in Australië en heeft zij een belang van 8 procent in Aéroports de Paris S.A.²⁸

24 Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 144 raad te plegen via de website www.schipholgroup.com. Zie overigens al in 1957 over de doelstelling tijdens de parlementaire behandeling *Kamerstukken II 1957/58*, 8 oktober 1957, p. 3006: 'de beoogde doelstelling, t.w. onze nationale luchthaven zodanig te exploiteren en verder te ontwikkelen, dat zij een voorbeeld moge zijn en blijven voor buitenlandse luchthavens.'

25 Art. 2.2 statuten Schiphol Group geldend per 1 december 2008.

26 Art. 4.4 statuten Schiphol Group luidt: 'De aandelen A en B kunnen uitsluitend worden uitgegeven en overgedragen aan en gehouden worden door: a. in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen, krachtens een besluit van de Algemene Vergadering en op door de Algemene Vergadering vast te stellen voorwaarden; (...).' Overigens wordt door het toelaten van private aandeelhouders, het behartigen van de publieke belangen lastiger, hetgeen a fortiori geldt voor buitenlandse publieke aandeelhouders.

27 Op John F. Kennedy International Airport (JFK) exploiteert deze onderneming een terminal, JFK's International Arrivals Terminal (IAT).

28 Zie het jaarverslag van Schiphol Group 2011, p. 236.

De mogelijkheid tot deelneming in buitenlandse ondernemingen door de NVLS wordt niet expliciet genoemd in de doelomschrijving. Impliciet uit het tweede lid van artikel 3 van de statuten valt echter wel op te maken dat dergelijke buitenlandse deelnemingen mogelijk zijn, mits deze ondernemingen een vergelijkbaar doel hebben 'of daaraan verwant of waarvan het doel geheel of ten dele kan strekken tot bevordering van het doel van de vennootschap, zoals dit in het vorige lid is omschreven.'²⁹

Ondanks het niet te miskennen publieke karakter van de luchthaven, wordt hier overigens in de statuten – buiten de aanwezigheid van publiekrechtelijke aandeelhouders – niet over gerept of naar verwezen. En ook in het jaarverslag wordt niet gesproken over een verdergaande doelstelling dan het bedrijfsmatige doel van de vennootschap.

Vennootschappelijk versus algemeen belang

Zoals besproken in hoofdstuk 4 is de in de statuten opgenomen doelstelling sterk verweven met het belang dat de vennootschap nastreeft bij de verwezenlijking van haar doelstelling. De vennootschap heeft een eigen, onafhankelijk van derden bestaand belang: het zogenaamde vennootschappelijk belang. In de literatuur wordt het vennootschappelijk belang ook wel voorgesteld als tegenovergesteld aan andere belangen.³⁰ Het vennootschapsbelang wordt bijvoorbeeld geplaatst tegenover het aandeelhoudersbelang of tegenover het algemeen belang. In de parlementaire geschiedenis van de Flex-Bv wordt dit treffend verwoord: 'Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.'³¹

Hoewel er in specifieke situaties wel degelijk sprake kan zijn van tegengestelde belangen – zeker in concernverhoudingen – ben ik zoals weergegeven in hoofdstuk 4 van mening dat het vennootschappelijk belang in beginsel een resultante is van de belangen van de verschillende bij de onderneming betrokken partijen.³² In deze paragraaf ligt de nadruk op de verhouding tussen dit vennootschappelijke belang en het zogenaamde publieke belang dat met de exploitatie van de NVLS is gemoeid.

29 Art. 3.2 statuten Schiphol Group.

30 Zie over de verschillende opvattingen over het vennootschapsbelang nader M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijke belang na recente uitspraken van de Hoge Raad. Een onvoldoende opgemerkte, ingrijpende ontwikkeling', *NJB* 2013/1776, 29, p. 1965-1972.

31 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3 (MvT).

32 Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (bewerkt door J. Winter), Deventer: Kluwer 2009, p. 29 en 11. J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, oratie 1964, ziet naast deze afzonderlijke belangen nog duidelijk een plaats voor een eigen belang voor de vennootschap.

Dat het vennootschappelijk belang een resultante is, blijkt ook uit de reeds eerder aangehaalde omschrijving uit het jaarverslag van het streven van de vennootschap:

‘Schiphol Group creëert duurzame waarde voor haar stakeholders door het ontwikkelen van AirportCities en het positioneren van Amsterdam Airport Schiphol als ‘Europe’s preferred airport’.³³

Het vennootschappelijk belang van de NVLS wordt derhalve met name als een verzameling van belangen van verschillende *stakeholders* gezien. Op welke wijze de behartiging van publieke belangen in de zogenaamde *stakeholder*-benadering een plaats krijgen binnen de vennootschap wordt niet geheel duidelijk. Slechts op enkele plaatsen in het jaarverslag wordt gesproken over overleg met de aandeelhouders.

De sterk nationale oriëntatie van de NVLS sluit goed aan bij de perceptie dat er in sterke mate publieke belangen zijn gemoeid met het bestaan van de luchthaven. De publieke belangen die met de exploitatie van de luchthaven samenhangen kunnen worden onderverdeeld in vier verschillende categorieën.³⁴ Deze vier categorieën kunnen voor zowel de nationale als regionale overheden meespelen. De eerste categorie betreft de belangen van milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening. De tweede categorie ziet op het belang van de continuïteit van de luchthaven als vitale *mainport*. De derde categorie omvat de belangen van toegang tot de infrastructuur. En de vierde categorie omvat belangen die voortvloeien uit de eisen van Europese regelgeving die bepalen dat misbruik van economische machtspositie moet worden voorkomen. Mijns inziens zijn met name de onder de tweede en derde categorie genoemde belangen typisch voor de aan de nationale luchthaven verbonden publieke belangen. Andere private ondernemingen hebben in beginsel niet te maken met deze belangen. Hieronder ga ik kort in op de verschillende publieke belangen die Schiphol dient te behartigen.

Publieke belangen inzake milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening

Er zijn verschillende negatieve externe effecten verbonden aan de exploitatie van een luchthaven. Evenals andere ondernemingen dient de NVLS haar activiteiten te verrichten binnen het door de overheid toegestane kader. De overheid stelt grenzen aan de exploitatie van de luchthaven met het oog op de belangen van milieu, veiligheid, gezondheid en ruimtelijke ordening. De behartiging van deze publieke belangen is in beginsel gewaarborgd in het Luchthaven-

33 Zie www.schipholgroup.com.

34 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13 e.v.

verkeerbesluit³⁵ en het Luchthavenindelingbesluit op grond van de Wet Luchtvaart.³⁶ Aanvankelijk was het standpunt van de Nederlandse regering dat deze publieke belangen door middel van wet- en regelgeving, en het daarop gebaseerde vergunningenstelsel, voldoende werden gewaarborgd.³⁷ De laatste jaren is er echter een tendens waar te nemen dat afspraken worden gemaakt tussen de verschillende *stakeholders*, binnen het instrument van het zogenoemde stakeholdersoverleg.³⁸

Publiek belang inzake de continuïteit van de luchthaven als vitale mainport

Een hoogwaardige luchthaveninfrastructuur binnen Nederland is essentieel om een goede internationale bereikbaarheid van Nederland te verzekeren. De continuïteit van de luchthaven als vitale *mainport* is derhalve uitermate belangrijk voor de Nederlandse economie en werkgelegenheid, '...mede door uitstralingseffecten en de invloed op het vestigingsklimaat.'³⁹ Het publieke belang van de continuïteit van de luchthaven is daarom naar mijn mening een archetypisch publiek belang. De NVLS behartigt niet alleen bedrijfseconomische belangen, maar vertegenwoordigt tevens de realisatie van de publieke belangen die de Nederlandse Staat heeft bij een nationale luchthaven. Dit werd met name duidelijk op het moment dat er werd gesproken over de (gedeeltelijke) privatisering van de luchthaven.⁴⁰ Nog steeds is deze mainportfunctie een belangrijke overweging om aandelen in publieke handen te houden.⁴¹

35 Het betreft met name het gebruikmaken van het luchtruim, de veiligheid, geluidsbelasting en het milieu. Een directe plicht voor de luchthaven *sec* vloeit bijvoorbeeld voort uit art. 3.1.4 Luchthavenverkeerbesluit Schiphol: 'De exploitant van de luchthaven draagt zorg voor de beschikbaarstelling van het in het Luchthavenindelingbesluit beschreven banenstelsel voor luchthavenluchtverkeer. De exploitant kan de beschikbaarstelling beperken indien dit noodzakelijk is voor het uitvoeren van werkzaamheden aan of in verband met het banenstelsel.'

36 Met name van belang is hoofdstuk 8 in de Wet Luchtvaart 'De luchthaven Schiphol'. Art. 8.3 luidt: 'De uitoefening van de bevoegdheden die voortvloeien uit dit hoofdstuk is gericht op het bevorderen van een optimaal gebruik van de luchthaven als kwalitatief hoogwaardig knooppunt van nationaal en internationaal luchtverkeer, met inachtneming van de grenzen die met het oog op de veiligheid, de geluidbelasting, de lokale luchtverontreiniging en de geurbelasting noodzakelijk zijn.'

37 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13 e.v.

38 Denk bij voorbeeld aan de 'Tafel van Alders', de Commissie Regionaal Overleg luchthaven Schiphol (CROS) en het Veiligheidsplatform Schiphol. Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 20.

39 Zie reeds *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 13.

40 Deze publieke belangen vergden naar de mening van het toenmalig kabinet Balkenende extra borging, zie *Kamerstukken II* 2003/004, 25 435, nr. 7, p. 13.

41 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13 en p. 43.

Publiek belang inzake toegang tot de infrastructuur

Bij netwerksectoren wordt het faciliteren van vrije concurrentie als een publiek belang gezien. Ook de vrije toegang tot de infrastructuur van Schiphol is met name het soort publieke belang dat naar mijn mening inherent is aan het belang dat de luchthaven voor de Nederlandse overheid vertegenwoordigt.⁴² De toegang tot de infrastructuur van Schiphol wordt geregeld door de toekenning van landingsrechten en *slots* (start- en landingstijden) aan luchtvaartmaatschappijen. De overheid is verantwoordelijk voor het creëren en het toekennen van de landingsrechten. Samen met de overheden van de andere landen leggen zij de omvang van de rechten vast in bilaterale luchtvaartverdragen. Daarnaast vereist EU-regelgeving dat de *slots* op luchthavens met capaciteitsrestricties, zoals Schiphol, door een onafhankelijke door de overheid aangewezen slotcoördinator worden toegewezen. Vanwege deze constructie van het toekennen van landingsrechten en *slots* is de Nederlandse regering de mening toegedaan dat de toegang tot de infrastructuur niet in de directe beïnvloedingssfeer ligt van de exploitant van de luchthaven Schiphol. Dit neemt niet weg dat de overheid onder andere het belang 'van vrije toegang tot infrastructuur' en 'kostenefficiënte exploitatie van de luchthaveninfrastructuur' als redenen ziet voor overheidseigendom van de luchthaven.⁴³

Publiek belang inzake het voorkomen van misbruik van een economische machtspositie

Een efficiënte marktwerking en een doelmatig toezicht daarop vormen een duidelijk publiek belang. Om deze te bewerkstelligen stellen zoals besproken in hoofdstuk 5 het Europese en Nederlandse mededingingsrecht spelregels voor ondernemingen, zoals het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie. Deze Europese eisen gelden voor zowel private ondernemingen als voor staatsondernemingen. Het gaat hier om de marktwerking in de netwerksector luchtvaart, waarvan Schiphol een infrastructuurcomponent vormt. De rechtsvorm of hoedanigheid van de aandeelhouders van een onderneming in NV-vorm hebben in beginsel geen invloed op de behartiging van dit publieke belang.

Organisatie van de NV Luchthaven Schiphol

Conform de in Boek 2 BW neergelegde structuur voor de NV, kent de NVLS enige organen die het bereiken van de doelstelling mogelijk moeten maken. Op de algemene structuur van vennootschappen is in hoofdstuk 4 reeds

42 Ook van uit militair oogpunt zou er een belang kunnen zijn. Zie hiervoor art. 8.25 Wet Luchtvaart: 'De exploitant is verplicht om in door Onze Minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met Onze Minister van Defensie aangewezen gevallen met inachtneming van de bij of krachtens deze wet of de Luchtvaartwet gestelde bepalingen, luchthavenluchtverkeer ten behoeve van de militaire luchtvaart op de luchthaven toe te laten'.

43 Door de hoge investeringskosten, wordt bovendien niet verwacht dat er concurrenten op de markt komen. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2011 (herziene versie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 145, p. 7 en p. 41.

uitgebreid ingegaan. Nu zal aan de hand van de voorliggende casus worden bekeken in hoeverre de overheid via de organen van de NVLS haar invloed kan aanwenden om bepaalde publieke belangen die een rol spelen binnen de NVLS te behartigen.

Algemene Vergadering van Aandeelhouders

Bij de NVLS is het maatschappelijk kapitaal volgens de geldende statuten sinds 31 december 2008 verdeeld in 300.000 aandelen A en 14.892 aandelen B, elk van € 454,-.⁴⁴ De aandelen luiden op naam en zijn op grond van de statuten in beginsel verplicht in handen van in Nederland gevestigde publiekrechtelijke lichamen.⁴⁵ Voor aandelen B kan een ontheffing door de vergadering van aandeelhouders voor dit vereiste worden verleend. De Staat houdt sinds 31 december 2008 69,77% van de uitgegeven aandelen A. De gemeente Amsterdam houdt 20,03% aandelen A en de gemeente Rotterdam 2,2%. Sinds 2008 houdt Aéroports de Paris S.A. een belang van 8% in aandelen B.⁴⁶ De Staat is aldus grootaandeelhouder in de vennootschap NVLS en zal zoals het zich laat aanzien voorsnog een meerderheidsbelang behouden. Interessant is de vraag in hoeverre zij haar aandeelhouderschap kan aanwenden om de met de vennootschap gemoeide publieke belangen te borgen en in hoeverre zij zich daarbij rekenschap van de belangen van de overige aandeelhouders moet geven.

De plichten voor een aandeelhouder bestaan met name uit de plicht om de aandelen vol te storten.⁴⁷ Daarnaast bestaat welhaast vanzelfsprekend de plicht voor de aandeelhoudersvergadering en mijns inziens analoog voor de aandeelhouders, om zich op grond van artikel 2:8 BW redelijk en billijk jegens de vennootschap te gedragen. Deze laatste verplichting zal vooral een rol spelen wanneer de algemene vergadering van aandeelhouders gebruikmaakt van bepaalde hieronder te bespreken wettelijke en statutaire rechten.

Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders van de NVLS

Hoewel de algemene vergadering van aandeelhouders te beschouwen is als het hoogste orgaan binnen de vennootschap, kan zij geen concrete aanwijzingen aan het bestuur geven. Wel heeft de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid om met betrekking tot het te vormen beleid algemene aanwijzingen aan het bestuur te geven. Een dergelijke instructie heeft zich tot op

44 Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2012, p. 102.

45 Zie art. 4 statuten.

46 Zie het Jaarverslag Schiphol Group 2012, p. 102.

47 Zoals reeds uiteen is gezet in hoofdstuk 4, bezitten aandeelhouders op grond van Boek 2 BW bepaalde rechten en plichten. Bij een NV kan in de statuten zijn opgenomen dat slechts een deel – met een minimum van 25% – van de nominale waarde van het aandeel hoeft te worden volgestort. Op grond van art. 4.3 van de statuten mogen nog niet geplaatste aandelen niet beneden *pari* worden uitgegeven en moeten aandelen bij de uitgifte onverwijld worden volgestort.

heden nog niet voorgedaan bij de NVLS. Sterker nog, tot de wijziging van het structuurregime in 2001 heeft de overheid zich als aandeelhouder niet, dan wel nauwelijks met de bedrijfsvoering van de vennootschap beziggehouden. Dit was ook niet nodig daar haar belang voldoende werd gewaarborgd door de door haar te benoemen commissaris van overheidswege. Na de wijziging van de structuurregeling werd echter een meer actieve houding van de aandeelhouders vereist.

Naast de bevoegdheid tot benoeming van de leden van de raad van commissarissen en de bevoegdheid besluiten te nemen omtrent het uitkeren van winst,⁴⁸ is in het kader van dit onderzoek de controlebevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders van groot belang. In retrospectief kan de overheid controleren of het bestuur van de NVLS de door haar belangrijk geachte belangen afdoende heeft behartigd. Jaarlijks wordt door het bestuur een jaarrekening opgemaakt. Deze ligt ter inzage voor de aandeelhouders.

Op grond van artikel 25 lid 2 van de statuten van de NVLS gaat deze jaarrekening vergezeld van:

- '- een door de directie, conform het bepaalde in artikel 391, Boek 2, Burgerlijk Wetboek, uit te brengen schriftelijk verslag over de gang van zaken van de vennootschap en het gevoerde bestuur;
- de verklaring van de registeraccountant en de overige krachtens artikel 392, lid 1, Boek 2, Burgerlijk Wetboek toe te voegen gegevens.'

Opmerkelijk is wel dat hoewel de algemene vergadering van aandeelhouders een registeraccountant opdraagt de door de directie opgemaakte jaarstukken te onderzoeken, deze slechts recht heeft op inzage in de *verklaring* van de registeraccountant.⁴⁹

Naar de letter van de statuten heeft de algemene vergadering van aandeelhouders dus *geen* recht op een volledig verslag van diezelfde registeraccountant omtrent zijn onderzoek.

48 Over het jaar 2011 bedraagt het aan de aandeelhouder toekomende resultaat bijna €194 miljoen. Het voorstel tot uit te keren dividend bedraagt ruim €55 miljoen. Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 106. Gelijk de eerste monopolie bedrijven kan men zich voorstellen dat wanneer een reservering van de winst niet noodzakelijk is, men deze winst wil laten toekomen aan de overheid. Een verlaging van de tarieven is ook een mogelijkheid maar leidt tot verstoring van de markt.

49 Zie art. 24.1 van de statuten van NVLS:

'De algemene vergadering van aandeelhouders draagt een registeraccountant op de door de directie opgemaakte jaarstukken, bestaande uit:

- de jaarrekening, gevormd door een balans, winst- en verliesrekening en de toelichting daarop;
- het directieverslag;
- de krachtens artikel 392, lid 1, sub b tot en met i, Boek 2, Burgerlijk Wetboek aan de jaarrekening en het directieverslag toe te voegen gegevens, te onderzoeken en daarover verslag uit te brengen en een verklaring af te leggen. Deze accountant brengt dit *verslag uit aan de raad van commissarissen en aan het bestuur.*' Cursivering JN.

Het sluitstuk van de genoemde controlebevoegdheid van de algemene vergadering van de NVLS – in de huidige situatie dus de overheid – is de goedkeuring van de jaarrekening. Daarnaast kan de algemene vergadering van aandeelhouders weigeren om over te gaan tot ‘verlening van décharge aan de directie ter zake van haar bestuur gedurende het afgelopen boekjaar’.⁵⁰

Een laatste hier te noemen bevoegdheid die niet direct met de controle op het bestuur te maken heeft, maar die een andere wijze van sturing inhoudt, betreft het recht van de algemene vergadering van aandeelhouders om te besluiten tot wijziging van de statuten. Artikel 31 lid 1 van de statuten bepaalt:

‘Besluiten tot wijziging van de statuten kunnen slechts worden genomen in een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd en met ten minste vier/vijfde gedeelte van de in deze vergadering uitgebrachte stemmen.’

Interessant is dat wanneer de Staat wil overgaan tot vervreemding van een deel van zijn aandelen NVLS aan andere dan de in de statuten genoemde publiekrechtelijke organen, hij niet zonder de stem van de gemeente Amsterdam kan. Zoals hierboven reeds is aangegeven kan op grond van artikel 4.4 van de statuten van de NVLS slechts worden deelgenomen in het kapitaal van de vennootschap door publiekrechtelijke lichamen. Slechts op twee manieren kan hier verandering worden gebracht. Ten eerste kan deze bepaling uit de statuten alvorens tot verkoop over te kunnen gaan, gewijzigd worden. Maar op grond van artikel 31 van de statuten kan het besluit tot wijziging van deze statuten slechts worden genomen in een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin alle geplaatste aandelen A zijn vertegenwoordigd en bovendien met ten minste vier/vijfde gedeelte van de in deze vergadering uitgebrachte stemmen. De Staat bezat slechts 75,8% van de uitgegeven aandelen A.⁵¹ Gezien de vier/vijfde eis kon de Staat derhalve de statuten niet zelfstandig wijzigen. Ten tweede zou de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van artikel 4 lid 5 van de statuten ontheffing kunnen verlenen. Dit is echter slechts mogelijk voor aandelen B en bovendien is ook deze ontheffingsmogelijkheid om aandelen B uit te geven aan de eis van een volledig door aandelen A vertegenwoordigde aandeelhoudersvergadering gekoppeld.⁵² De Staat heeft derhalve weliswaar een meerderheidsaandeel maar is voor wezenlijke veranderingen afhankelijk van de stem van de minderheidsaandeelhouders.

50 Art. 30 statuten NVLS.

51 Ook een welwillende gemeente Rotterdam met een belang van 2,4% van de aandelen A in de NVLS kan de Staat derhalve niet de benodigde 80% (vier/vijfde) bezorgen.

52 Zie art. 4 lid 5 van de statuten, waar wordt verwezen naar art. 31 betreffende de statutenwijziging.

Het bestuur van de NVLS

Het bestuur van de NVLS berust bij een uit vier personen bestaande directie.⁵³ Het bestuur is zoals reeds besproken in het vorige hoofdstuk, belast met het besturen van de vennootschap. Huizink vat de taak als volgt samen, dat:

‘de bestuurder belast is met de in Boek 2 BW genoemde bestuurstaken, zoals het besturen van de rechtspersoon, het vertegenwoordigen van de rechtspersoon, het bijeenroepen van de algemene vergadering, etc., en (...) hij is ingevolge art. 2:9 BW tegenover de NV gehouden (...) tot een behoorlijke vervulling van die werkzaamheden. Hij is verplicht tot behoorlijk boekhouden, art. 2:10 BW en staat tot de overige bij de organisatie van de vennootschap betrokkenen in een relatie die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8, eerste lid, BW’.⁵⁴

Het bestuur van de NVLS heeft evenals een volledig in private handen zijnde onderneming een eigen taak die in beginsel los staat van het feit dat de aandelen allemaal in handen zijn van publiekrechtelijke organen. Dit is ook terug te vinden in het in de afgelopen jaren gevoerde beleid in de vennootschap.

Misschien kan zelfs gesteld worden dat het bestuur van de NVLS lange tijd een grotere vrijheid heeft gehad ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders, dan het bestuur van een volledig in private handen zijnde onderneming: het beleid van de Staat was er immers op gericht zich zoveel mogelijk afzijdig te houden van de concrete bedrijfsvoering van ondernemingen waar hij in deelnam.⁵⁵ Desalniettemin bestaat er natuurlijk wel toezicht op de concrete bedrijfsvoering door de raad van commissarissen van de NVLS.

Raad van commissarissen NVLS

De raad van commissarissen van de NVLS bestaat uit acht personen. Hoewel het aan de vennootschap gelieerde publieke belang nooit expliciet in de statuten is vastgelegd, werd tot aan de wijziging van de structuurregeling – met het oog op de behartiging van de publieke belangen – op grond van de statuten steeds een aantal commissarissen door de overheid benoemd.⁵⁶ En in de statuten van 2006 had de gemeente Amsterdam nog een benoemingsrecht voor twee commissarissen. Bij de wijziging van de statuten in 2008 is dit recht echter komen te vervallen.

Wel is er binnen de raad van commissarissen een commissie ‘Public Affairs & Corporate Responsibility’. Deze driekoppige commissie heeft volgens het jaarverslag met betrekking tot ‘public affairs’ de taak het bestuur te informeren

53 Zie het jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 90.

54 Zie J.B. Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:132 BW, aant. 10.

55 Zie de ontwikkeling van het beleid met betrekking tot staatsdeelnames hoofdstuk 1 en 4.

56 Voor de wijziging van de statuten in 2001 bepaalden deze nog dat twee commissarissen werden benoemd door de minister van Verkeer en Waterstaat, twee commissarissen door de gemeente Amsterdam en een commissaris door de gemeente Rotterdam.

over de relatie met de aandeelhouders.⁵⁷ Het belang van de commissie lijkt echter marginaal. In 2011 werd slechts driemaal vergaderd en uit het jaarverslag blijkt niet van enig concreet handelen: De commissie heeft, zo luidt het 'aandacht besteed aan effectieve communicatie met stakeholders en aan de relatie met het ministerie van Financiën en met andere staatsdeelnemingen.⁵⁸

Ook uit de voor de raad van commissarissen opgestelde profielschets blijkt geen plaats te zijn voor de behartiging van het publieke belang met het drijven van deze onderneming.

Profielschets voor de raad van commissarissen van NVLS

Sinds de door de wijziging van de structuurregeling ontstane nieuwe juridische realiteit, is er een profiel voor de raad van commissarissen van de NVLS opgesteld.⁵⁹ Begrijpelijkerwijs worden de voorwaarden waarin de gewenste kwaliteiten van de commissarissen worden omschreven, enigszins vaag gehouden. Onbegrijpelijk is echter dat iedere verwijzing naar de behartiging van het publieke belang ontbreekt.⁶⁰ Ook bij het algemene profiel van de raad van commissarissen wordt niet gesproken over een behartiging van een eventueel algemeen of publiek belang.

'De samenstelling van de raad van commissarissen zal zodanig zijn dat de combinatie van ervaring, deskundigheid en onafhankelijkheid van zijn leden (...) de raad van commissarissen het best in staat stelt zijn diverse verplichtingen jegens de vennootschap en de bij de vennootschap betrokkenen (*waaronder de aandeelhouders*)⁶¹ te voldoen (...).'⁶²

Hieruit volgt dat de raad van commissarissen de belangen van deze aandeelhouders dient te behartigen. In deze functieomschrijving/ taakomschrijving worden weliswaar de *aandeelhouders* expliciet, dat wil impliciet zeggen de Staat,

57 Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 90.

58 Zie Jaarverslag Schiphol Group 2011, p. 14.

59 Zie art. 18 statuten NVLS.

60 Zie over de invulling van de RvC bijlage A art. 2.5 (zie website) *Profiel van de omvang en samenstelling van de Raad van Commissarissen van N.V. Luchthaven Schiphol*: 'Bij de benoeming van zijn leden streeft de Raad van Commissarissen naar een zoveel mogelijk complementaire samenstelling, waarbij, naast de voor het vervullen van de taak van commissaris benodigde algemene kennis en bestuurlijke ervaring, naar specifieke kennis wordt gestreefd op één of meerdere van de volgende voor Schiphol Group relevante gebieden: EU/globalisering, luchtvaart, vastgoed ontwikkeling/exploitatie, retail/e-business, financiën, accountancy en risk management, duurzaam ondernemen/milieu, marketing & sales, human resource management, algemene politieke, economische en sociale ontwikkelingen in de markten waarin Schiphol Group opereert, Corporate governance/vennootschapsrecht. Op de website geraadpleegd medio 2013.

61 Curs. JN.

62 Zie het RvC Reglement art. 3.2, op de website geraadpleegd medio 2013 en tevens de Bijlage A: 'Profiel van de omvang en samenstelling van de Raad van Commissarissen van N.V. Luchthaven Schiphol'.

de gemeenten Amsterdam en Rotterdam, genoemd, maar hierin kan mijns inziens geen verwijzing naar het algemeen belang worden gelezen. Zeker nu een deel van de aandelen, weliswaar aandelen B met beperkte rechten ten aanzien van statutenwijzigingen, in handen is gekomen van Aeroport de Paris.

Aandeelhouders- versus publiek belang: Code Tabaksblad

De NVLS is niet beursgenoteerd, maar heeft desalniettemin de bepalingen zoals die voortvloeien uit de Code Tabaksblad op een paar punten na geïmplementeerd.⁶³ Deze conformering had natuurlijk ook te maken met de plannen van de toenmalige regering om Schiphol om te zetten in een beursgenoteerde onderneming. Bij deze plannen werd veel waarde gehecht aan de zogenaamde tucht van de markt. In de notitie 'Beursgang NVLS: meer mogelijkheden voor overheid en NVLS' is te lezen dat als de onderneming aan de beurs genoteerd zou zijn:

'Het bedrijf en het management worden gedwongen om een grote mate van transparantie in de bedrijfsvoering te betrachten en daarover publiekelijk aan investeerders verantwoording af te leggen.'⁶⁴

Deze redenering ging uit van een vergadering van aandeelhouders die het bedrijf en management van de onderneming kan dwingen tot transparantie. Toch werd hiermee de behartiging van het publieke belang niet zeker gesteld. Voor publieke aandeelhouders die bepaalde publieke belangen willen behartigen, is een combinatie van informatierechten met mogelijkheden tot ingrijpen of inspraak bij fundamentele wijzigingen van het beleid binnen de overheids-onderneming wenselijk.

2.2 Huidige visie met betrekking tot de NV Luchthaven Schiphol

De Nederlandse Staat heeft op dit moment een deelneming van 69,77% in het aandelenkapitaal van de NVLS. Aan het begin van deze eeuw bestond de wens

63 Deze punten hangen overwegend samen met het feit dat de NVLS niet beursgenoteerd is. Zie het jaarverlag 2011, p. 90-91. Het betreft bijv. opties als beloningscomponent, certificering van aandelen, koersgevoelige informatie of een openbare reactie op een onderhands bod op een bedrijfsonderdeel. Ook worden bepaalde bepalingen uit praktisch oogpunt niet toegepast. Zo zijn bij een AVA van de NVLS niet de voltallige RvC en de directie aanwezig; op de website lezen wij de volgende verklaring 'gezien het zeer beperkte aantal aandeelhouders achten wij de beraadslaging in deze vergadering meer gediend met een afvaardiging uit beide organen'. Zie www.schipholgroup.com, onder het kopje Corporate Governance. Op grond van dezelfde reden woont de externe accountant de algemene vergadering slechts bij op verzoek van een aandeelhouder.

64 Zie de notitie, *Beursgang NVLS: meer mogelijkheden voor overheid en NVLS ten behoeve van mainportpositie Schiphol*, bijgaand aan een brief van de staatssecretaris van VenW en de minister van Financiën, *Kamerstukken II 2003/04*, 25 435, nr. 7, p. 10.

om (een deel van) de aandelen die de Staat hield te vervreemden⁶⁵ Het werd echter nooit duidelijk of het uiteindelijke doel een volledige of gedeeltelijke vervreemding zou zijn.⁶⁶ Met name de gemeente Amsterdam, mede-aandeelhouder was bang dat haar belangen hierdoor geschaad zouden worden en zij dreigde de verkoop te blokkeren. In zijn Strategisch Akkoord heeft het toenmalig kabinet aangegeven eerst over te zullen gaan tot vervreemding van een minderheidsbelang van Schiphol, onder de voorwaarde dat de aan Schiphol gerelateerde publieke belangen adequaat zijn geborgd door middel van een wettelijke regeling. Het kabinet was van mening dat de publieke belangen zorgvuldig en adequaat werden geborgd en dat daarom kon worden overgegaan tot de verkoop van een belang in NVLS.⁶⁷ Het parlement heeft echter geëist dat de Staat in ieder geval een meerderheidsbelang blijft houden in NVLS.⁶⁸

Om de toegevoegde waarde van het aandelenbezit te illustreren zet ik eerst in paragraaf 2.2.1 de ratio achter deze (gedeeltelijke) vervreemding uiteen en ga ik in op de verschillende andere instrumenten die ter compensatie van de afstoting van het publieke aandeelhouderschap werden voorgesteld om de met de exploitatie van Schiphol gemoeide belangen te kunnen blijven waarborgen. Op de daarmee samenhangende problematiek tussen het algemeen en het vennootschapsbelang is al het een en ander aan de orde gekomen in hoofdstuk 2. Maar hier ga ik nader in op de specifieke afweging van belangen zoals die voor de NVLS gemaakt moet worden en bespreek ik in paragraaf 2.2.2 een door mij voorgestelde invulling van de privaatrechtelijke verhoudingen tussen verschillende overheidsorganen.

65 In 1997 werd door het toenmalige kabinet besloten om over te gaan tot vervreemding van de aandelen in de NVLS. Zie *Kamerstukken II* (Brief) 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 1. In februari 2001 werd door het kabinet een eerste wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden, zie *Kamerstukken II* (Voorstel van wet) 2000/01, 27 603, nrs. 1-2.

66 In de stukken wordt steeds gesproken over de gedeeltelijke vervreemding van aandelen, waarbij het woord 'gedeeltelijk' tussen haken is geplaatst. Zie bijv. *Kamerstukken II* (Brief) 25 435, 1996/97, nr. 1, p. 1. Op de in deze brief aangekondigde nog nader te onderzoeken vraagstukken zoals: 'of en zoja welke in het vigerende beleid passende beschermingsmaatregelen tegen ongewenste overname noodzakelijk zijn, of bijzondere statutaire bevoegdheden in dat kader aan de Staat als aandeelhouder dienen te worden verleend, omvang van het te verkopen pakket en de bestemming van de opbrengsten', wordt niet meer teruggekomen.

67 Zie de brief van de Ministers van Verkeer en Waterstaat en Financiën aan de Tweede Kamer over een in die kamer aangenomen Motie Van Rooy waarin werd gevraagd om de opportuniteit te onderzoeken van het behoud van een meerderheidsbelang van de overheid. Daarop antwoordden de ministers dat publieke belangen door regelgeving worden behartigd en dat het aandeelhouderschap daarvoor niet het geëigende middel is. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 1 (Brief).

68 Zie het amendement van Tweede Kamerlid Haverkamp, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

2.2.1 Afstoting aandelen NVLS: ratio en alternatieve waarborgen

Inleiding

De overwegingen voor het in 1997 genomen besluit om tot vervreemding van de aandelen te komen zijn sindsdien wezenlijk veranderd.^{69,70} Aanvankelijk concentreerde de discussie over de privatisering van Schiphol zich met name op de vraag of de vervreemding van aandelen via een beursgang van Schiphol of via de onderhandse plaatsing van aandelen NVLS zou moeten geschieden. Een dergelijke vernauwing van de discussie is mijns inziens niet wenselijk omdat men door het zwaartepunt van de discussie over privatisering van Schiphol bij de *vorm* van het vervreemden van aandelen NVLS neer te leggen, voorbijgaat aan de meer principiële vraag *of* tot een vervreemding van aandelen NVLS moet worden overgegaan en in hoeverre de rechtsvorm van deze overheidsonderneming tegemoet komt aan de wens om fundamentele beïnvloedingsmogelijkheden te blijven houden. Een positieve constatering is echter dat de discussie omtrent de wijze van aandelenvervreemding⁷¹ en de uiteenzetting van de op grond van het huidige juridische kader bestaande ingrijpingsmogelijkheden, heeft geleid tot het besef dat er meer aandacht moet worden besteed aan de inrichting van de reguliere vennootschapsrechtsfiguur, althans dat een minderheidsaandeel voor de Staat niet volstaat om het publieke belang afdoende te behartigen. In de volgende paragrafen bespreek ik de beleidsmatige en economische redenen om over te gaan tot eventuele, gedeeltelijke vervreemding van aandelen NVLS.

Conformerend aan het algemene deelnemingenbeleid

Met de wijziging van het uitgangspunt van het deelnemingenbeleid van 'privaat, tenzij...' naar 'publiek, tenzij...'⁷² is ook de ratio achter de aanvankelijk bestaande wens tot aandelenvervreemding door de Staat komen te vervallen.⁷³ Het kabinet ziet het aandeelhouderschap van de Staat in NVLS als een effectief, aanvullend instrument voor borging van publieke belangen, omdat wet- en regelgeving niet afdoende zijn.

69 Zie *Kamerstukken II* (Brief) 1996/97, 25 435, nr. 1, p. 2.

70 Aanvankelijk golden in 2001 nog steeds dezelfde overwegingen, *Kamerstukken II* (Verslag algemeen overleg) 2005/06, 25 435, nr. 14, p. 8, waar de staatssecretaris dit standpunt nogmaals benadrukt.

71 In het kader van deze discussie zijn er verschillende, op veel punten tegenstrijdige, rapporten verschenen. Ik noem de volgende: Lazard, *Schiphol Group Privatisation options*, 12 september 2005; Sequoia, *Presentation Regarding Schiphol Group*, 3 oktober 2005 en K. Cools, *Privatisering NV Luchthaven Schiphol. Rapportage aan de Tweede Kamer door Prof. Dr. K. Cools RA*, 13 december 2005.

72 Zie hoofdstuk 1.

73 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 28 165, nr. 2, (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).

Een veel gehoord bezwaar met betrekking tot het houden van aandelen NVLS door de overheid was dat de overheid met betrekking tot de luchthaven niet alleen regelgever en toezichthouder (denk aan de regelgeving op grond van de Wet Luchtverkeer) is, maar tevens aandeelhouder is. Hierdoor zouden verwarring en conflicten kunnen ontstaan. Met de ontvlechtingsoperatie wenste de minister:

‘de rol van de overheid in de luchtvaartsector (...) te verduidelijken.’ (...) ‘De ontvlechting moet leiden tot een versterking van de borging van de publieke belangen in termen van kwaliteit van regelgeving en overheidstoezicht.’⁷⁴

De theoretische mogelijkheid tot belangenstrijd hoeft in de praktijk echter geen problemen te geven. Als voorbeeld hiervan kan worden gedacht aan de situatie zoals deze enkele jaren geleden voorkwam. De minister van Verkeer en Waterstaat legde een dwangsom op aan NVLS toen deze de milieugrenzen overtrad. In feite heeft de Staat toen als toezichthouder maatregelen getroffen, die strijdig leken met de belangen van de Staat in hoedanigheid van aandeelhouder. Mijns inziens heeft de Staat in deze situatie echter de afweging gemaakt tussen de behartiging van het publieke belang om negatieve externe effecten bij de uitvoering van de activiteiten van NVLS te beperken en de behartiging van het belang dat de Staat als op winst gerichte aandeelhouder heeft. Zo bezien geeft dit voorbeeld naar mijn mening juist aan, dat ondanks de verschillende belangen die de Staat bij NVLS heeft, de Staat in casu terecht toch de prioriteit geeft aan de behartiging van het publieke belang van het voorkomen van negatieve externe effecten. Wat betreft de behartiging en borging van bepaalde publieke belangen, doet mijns inziens in deze specifieke situatie waarin de overheid meerdere petten op heeft, derhalve niet af aan de daadwerkelijke behartiging van het publieke belang.⁷⁵

Exploitatievergunning in combinatie met erfpacht

Bij de discussie van gedeeltelijke of volledige verkoop werden (ter compensatie van zeggenschap middels publiek aandeelhouderschap) mogelijkheden besproken voor de overheid om een bepaalde mate van inspraak en invloed te kunnen houden bij de exploitatie van NVLS. De regering heeft proberen te voorzien in verdere waarborgen om de door Schiphol vertegenwoordigde publieke belangen te behartigen door de verstrekking van een exploitatievergunning gekoppeld aan een verleend recht van erfpacht. Hoewel er nu ook

74 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 7, p. 8-9 (Brief).

75 Wel wordt terecht de nodige aandacht besteed aan de beleidsvorming wanneer de overheid verschillende petten. Zie het door de Rijksoverheid ingestelde Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148. Hierin wordt gekeken naar de rolverdeling tussen de staat als beleidsmaker en de staat als aandeelhouder ten aanzien van staatsdeelnemingen, de rolinvulling door deze partijen en de afweging tussen beleidsmatige en financiële belangen.

in de wet vanuit wordt gegaan dat in ieder geval de meerderheid van de aandelen van de NVLS in handen van de overheid dienen te blijven,⁷⁶ worden de in het aanvankelijke plan ter afstoting van publiek aandeelhouderschap in NVLS voorgestelde mogelijkheden ter borging van bepaalde publieke belangen door een wijziging van de Wet luchtvaart besproken, om te illustreren dat het publiek aandeelhouderschap mijns inziens vooralsnog als de betere optie om overheidsinvloed te behouden wordt gezien.⁷⁷

Om de met Schiphol gemoeide publieke belangen te borgen, werd de verlening van een luchthavenexploitatievergunning voorgesteld. Op grond van dit publiekrechtelijke instrument, de vergunning, zou de luchthavenexploitant niet alleen het recht verkrijgen maar ook, zo stellen de ministers van Verkeer en Waterstaat en Financiën, 'de daarmee verbonden maatschappelijke plicht om de luchthaven te exploiteren'. NVLS had derhalve als exploitant van de luchthaven Schiphol een exploitatieplicht. Maar, zo was de gedachte 'om een goede exploitatie van de luchthaven, als vitale schakel in de *mainport*, te waarborgen, moet de overheid kunnen ingrijpen als de continuïteit van de essentiële luchthavenvoorzieningen in gevaar komt.'⁷⁸ Voor het volledig borgen van dit publieke belang en om de overheid van de mogelijkheid tot controle te verzekeren werd in het voorgestelde stelsel van regelgeving gekozen voor een driedelige constructie bestaande uit ten eerste de exploitatievergunning voor onbepaalde duur, welke ten tweede werd gekoppeld aan een erfpachtrecht met ten derde de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing. Uitgangspunt daarbij was wel dat de overheid niet onnodig of prematuur zou ingrijpen in de bedrijfsvoering van de exploitant van de luchthaven. Zij kon slechts optreden als de continuïteit van de essentiële luchthavenvoorzieningen op middellange of langere termijn gevaar liep (bijvoorbeeld als gevolg van onderinvesteringen door de exploitant in de nationale luchthaven of van te riskante investeringen elders).

Naast de exploitatievergunning zouden de gronden derhalve door de Staat in erfpacht aan de NVLS worden gegeven.⁷⁹ Door de vaste commissie van Verkeer en Waterstaat werden kritische vragen gesteld over de ratio achter de keuze voor een privaatrechtelijke regeling.⁸⁰ In het licht van de eerder

76 Zie art. 8.2a Wet Luchtvaart zoals deze naar aanleiding van het amendement Haverkamp is gewijzigd, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

77 Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 074, nr. 1-2.

78 Zie *Kamerstukken II* (Brief) 2000/01, 25 435, nr. 7, p. 16.

79 De eigendom rust in de huidige situatie bij NVLS en Schiphol Real Estate BV, een volle dochter van NVLS.

80 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, zie bijv. p. 32, in het bijzonder vraag nummer 81 (Verslag schriftelijk overleg).

genoemde argumenten voor afstoting van de aandelen in de NVLS leek de keuze enigszins paradoxaal.

Daarbij kwam dat het zogenaamde sanctie-instrumentarium veel haken en ogen met zich meebracht. De minister van Verkeer en Waterstaat kon de vergunning, die voor onbepaalde tijd verleend werd, als uiterste maatregel intrekken indien de exploitant zijn wettelijke exploitatieplicht verzaakte. Hiervan zou sprake zijn wanneer de exploitant zich schuldig zou maken aan wanbeheer waardoor de continuïteit van de luchthaven in gevaar werd gebracht. Nog voordat de Kamer met kritiek kon komen op deze in de wandelingen als buiten proportioneel aangeduide optie,⁸¹ kwam de minister van Verkeer en Waterstaat⁸² met een aanvulling op dit *ultimum remedium* door de mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing in te voegen. Hij stelde hierover:

‘Dit extra instrument biedt de regering de mogelijkheid om voorafgaand aan de feitelijke intrekking van de luchthavenexploitatievergunning reeds tijdig corrigerend in te grijpen, zonder dat het principe ‘Schiphol als bedrijf’ geweld wordt aangedaan.’⁸³

Dit hield in dat de minister de exploitant in een eerder stadium, indien er ernstige aanwijzingen waren voor zulke ongewenste ontwikkelingen, een aanwijzing kon geven om binnen een bepaalde termijn maatregelen te treffen. Deze aanwijzing kon zonodig worden gehandhaafd met bestuursdwang of een last onder dwangsom.

De effectiviteit en werkbaarheid toegekend aan de volledige intrekking van de vergunning gekoppeld aan de erfpacht, werden mijns inziens schromelijk overschat. De toepassing zou worden bemoeilijkt doordat niet duidelijk was wat verstaan moest worden onder ‘grove verwaarlozing’ of ‘wanbeheer’, waarvan sprake moest zijn wilde men aan intrekking toe komen.

Op een vraag tijdens de parlementaire behandeling of de vergunning niet al moet worden ingetrokken als er sprake is van ‘gewone’ verwaarlozing (in plaats van alleen ‘grove’ verwaarlozing en wanbeheer) antwoordt de minister:

‘Het is niet de bedoeling dat de overheid zich met de dagelijkse exploitatie van de luchthaven zal bemoeien. De verantwoordelijkheid daarvoor wordt bij de exploitant gelegd («Schiphol als bedrijf»). Met de term «grove verwaarlozing en wanbeheer» wordt tot uitdrukking gebracht dat er sprake moet zijn van een ernstige situatie, anders dan die van «gewone» verwaarlozing of «onvoldoende» beheer.’⁸⁴

81 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 25 435, nr. 13, p. 15.

82 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 2.

83 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 2 (Verslag schriftelijk overleg).

84 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 25 (Verslag schriftelijk overleg).

Onduidelijk bleef echter waarom, zoals de minister later stelde, structurele schending van milieu- of veiligheidsnormen weer wel kon leiden tot intrekking van de vergunning.⁸⁵

Kortom, door de moeilijkheid van het definiëren van de bij het exploiteren van een nationale luchthaven gemoeide belangen, was de behartiging van het publiek belang via een exploitatie vergunning gekoppeld aan een recht van erfpacht niet uitvoerbaar.

De Amsterdamse invloed

Lange tijd is de minister er ondanks de negatieve houding van de Amsterdamse gemeenteraad ten opzichte van de verkoop van de aandelen van de NVLS van uitgegaan dat de gemeente zou instemmen met de (gedeeltelijke) verkoop van de aandelen aan een private partij.^{86,87} De uitkomst van de Amsterdamse gemeenteraadsverkiezingen in 2006 verkleinde de kans op instemming met het besluit tot aandelen vervreemding door de gemeente Amsterdam echter aanzienlijk.⁸⁸ Eind mei 2006 is de gemeente Amsterdam met een voorstel gekomen om alle aandelen van Schiphol van de Staat over te nemen. Op deze wijze wilde Amsterdam bereiken dat het belang dat de stad had bij de handhaving van Schiphol als *mainport* in Europa door haar als aandeelhouder geborgd zou blijven.⁸⁹ De veranderde visie van de Staat op de bij de exploitatie van de luchthaven gemoeide publieke belangen, leidde tot het standpunt dat de (rijks)overheid in ieder geval een meerderheidsbelang in de NVLS zou moeten behouden.

In het jaarverslag deelnemingen wordt hierover in het algemeen gesteld dat de Staat: 'als aandeelhouder van oudsher actief [is] in de sectoren energie, infrastructuur en transport met deelnemingen als (...) Schiphol. Dit zijn veelal ook sectoren met (deels) een monopolioïde karakter; sectoren die gekenmerkt worden door hoge investeringskosten in (netwerk-) infrastructuur waardoor concurrentie niet of beperkt mogelijk is.'⁹⁰ Meer in het bijzonder ten aanzien

85 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 25 (Verslag schriftelijk overleg).

86 Ook al wil de Staat slechts zijn eigen aandelen verkopen, dan nog is op grond van de statuten, zoals we reeds hebben gezien, de toestemming van de gemeente Amsterdam als aandeelhouder in het vermogen van de NVLS noodzakelijk.

87 Zie *Kamerstukken I* (Nadere Memorie van Antwoord) 2005/06, 28 074, E, p. 8, waar wordt gemeld dat de minister van Financiën niet verwacht dat de gemeenteraad van Amsterdam zal proberen het voornemen van de regering te blokkeren, ondanks het feit dat het in 2006 nieuw gevormde college expliciet heeft aangegeven niet bereid te zijn mee te werken aan de privatisering van Schiphol, zie 'Amsterdam blokkeert privatisering Schiphol', *NRC* 11 april 2006.

88 Dit ondanks het dreigement van de minister van Financiën dat hij de deelname van het Rijk aan het Zuidas-project, aan de rand van de hoofdstad zou kunnen frustreren.

89 Na bijna 50 jaar zouden de aandelen dan weer in handen komen van de gemeente Amsterdam.

90 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 13.

van NVLS lezen we: 'Het publieke belang van de luchthaven Schiphol is direct verbonden met het algemeen belang van de luchtvaart in Nederland. Het gaat daarbij om het borgen en de verdere ontwikkeling van een optimale netwerk-kwaliteit in combinatie met een concurrerende en duurzame luchtvaart.'⁹¹

De borging van publieke belangen gerealiseerd?

In dit verband werden hierover terecht vragen gesteld door de vaste commissie van Verkeer en Waterstaat:

'Hoe is de investeringsbeslissing gewaarborgd? Kan een privaat Schiphol NV gedwongen worden bepaalde investeringen, ook tussentijds, te doen, dan wel juist niet te doen? Hoe zal dat geregeld zijn mede in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid en de democratische controle daarop?'⁹²

Het antwoord van de minister hierop was destijds:

'De N.V. Luchthaven Schiphol heeft in de huidige situatie, met de bestaande aandelenverhoudingen, een eigen verantwoordelijkheid voor investeringen. Dit zal voor een privaat Schiphol NV niet anders zijn. Er is geen sprake van ministeriële verantwoordelijkheid op dit punt. De exploitatievergunning laat de exploitatie over aan de exploitant, zonder daaraan voorschriften te verbinden voor die exploitatie als zodanig. Indien er sprake zou zijn van onvoldoende investeringen om de luchthavenvoorzieningen op peil te houden, zodanig dat sprake is van een ernstig vermoeden van grove verwaarlozing of wanbeheer, waardoor de continuïteit van de nationale luchthaven door de exploitant in gevaar wordt gebracht, zal een aanwijzing kunnen worden gegeven voorafgegaan door een aanzegging. Als dit het beoogde effect niet heeft, zal in het uiterste geval de luchthaven exploitatie vergunning ingetrokken kunnen worden. Daarnaast wordt de marktpartijen de verplichting opgelegd tot onderhandelingen over de luchtvaarttarieven en voorwaarden, waaronder mede verstaan de kwaliteit van de betrokken faciliteiten en diensten. Hiervan mag worden verwacht dat dit een duidelijke invloed heeft op de luchtvaartinvesteringen.'⁹³

Dit antwoord heeft de Kamer niet gerustgesteld. Ondanks het pakket van regelgeving⁹⁴ waarmee onder andere de 'continuïteit van de luchthaven als vitale schakel in de mainport' gewaarborgd zouden zijn,⁹⁵ werd het door Kamerlid Haverkamp voorgestelde amendement dat het meerderheidsbelang moet worden gehandhaafd, aangenomen.

91 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 43.

92 Zie *Kamerstukken II* (Verslag schriftelijk overleg) 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 11.

93 Zie *Kamerstukken II* (Verslag schriftelijk overleg) 2000/01, 25 435, nr. 3, p. 11.

94 Waaronder de aanvullingen in de tweede Nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 074, nr. 1 en 2.

95 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 435, nr. 7, p. 1.

Dit publiek belang wordt naast publiekrechtelijke regelingen volgens het Jaarverslag Staatsdeelnemingen ook geborgd door publiek aandeelhouderschap.⁹⁶

Het publieke aandeelhouderschap werd derhalve nog steeds als noodzakelijke aanvulling op andere instrumenten van overheidsinvloed gezien.⁹⁷ En hoewel de regering in eerste instantie de voorkeur leek te hebben voor de volledige vervreemding van de aandelen in de NVLS – althans nog in het midden liet in hoeverre de aandelen verkocht zouden worden –, werd de vervreemding van een meerderheidsbelang onmogelijk gemaakt door een in de Tweede Kamer aangenomen amendement.⁹⁸

De discussie werd zonder invoering van de voorgestelde maatregelen afgesloten met de aldus door de minister van Financiën geformuleerde conclusie: 'dat wij niet met Schiphol naar de beurs gaan, omdat wij het strategisch belang van Schiphol daarvoor te groot vinden en risico's zien als aandelen zich te ver buiten ons bereik bevinden en op de beurs terechtkomen.'⁹⁹

Het standpunt dat NVLS vanwege strategische overwegingen steeds onder publieke controle en alsdus in publieke handen moet blijven, is nog steeds geldig.

In een brief aan de Tweede Kamer zegt de minister van Financiën met betrekking tot het belang dat de Staat in de NVLS houdt:

'Voorzover daarover getwijfeld wordt, wil ik benadrukken dat ook de Staat een lange termijn investeerder zal zijn (gegeven het eerdergenoemde amendement), die actief gebruik zal maken van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden, zoals de Staat dat ook ten aanzien van andere deelnemingen doet overeenkomstig het beleid inzake Staatsdeelnemingen. Onderwerpen als corporate governance, bezoldigingsbeleid, winstbestemming en majeure investeringen worden kritisch gevolgd en beoordeeld. De Staat zal zijn stemrecht ten aanzien van aandeelhoudersbesluiten actief aanwenden.'¹⁰⁰

96 De volgende publiekrechtelijke regelingen worden genoemd: Wet Luchtvaart; Besluit exploitatie luchthaven Schiphol; Luchthavenverkeerbesluit en luchthavenindelingbesluit; Aanvullend luchthavenreglement luchthaven Schiphol; Aanwijzing Schiphol tot volledig gecoördineerd luchtvaartterrein; Regeling milieu-informatie luchthaven Schiphol. Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 43.

97 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131.

98 Zie het amendement van Tweede Kamerlid Haverkamp, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 074, nr. 19.

99 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 93, p. 12.

100 Zie de brief van de minister van Financiën, *Kamerstukken II* 2005/06, 25 435, nr. 15, p. 3.

2.2.2 Verhouding publieke aandeelhouders

In het hierboven genoemde amendement dat vervreemding van een meerderheidsbelang onmogelijk maakte, werd bepaald dat de overheid steeds een meerderheidsaandeel moet behouden. Ondanks de politieke weerstand tegen een vervreemding van een meerderheidsbelang zoals besproken in de voorgaande paragraaf, bleef de vervreemding van een minderheidsaandeel aldus als één van de mogelijke invullingen van overheidsinvloed in NVLS, wel mogelijk.¹⁰¹ En ondanks de sterke wens van de Tweede Kamer om in ieder geval een meerderheid van de aandelen te behouden, kondigde de minister van Financiën in 2008 aan dat een belang van 8 procent van de aandelen zou worden vervreemd aan het Franse *Aéroports de Paris*, althans dat op basis van een kruisparticipatie tussen *Aéroports de Paris* en Schiphol, over en weer een belang van 8 procent zou worden genomen.¹⁰² Door het uitgeven van (bepaalde zeggenschap ontberende) Aandelen B is echter verzekerd dat de Staat en de gemeenten Amsterdam en Rotterdam in beginsel geen enkele zeggenschap hebben hoeven inleveren.

Wat betreft de eis dat de *overheid*¹⁰³ een meerderheidsaandeel dient te behouden, zonder nader te specificeren welke overheid dat moet zijn, de volgende opmerkingen. Voor het vaststellen of de *overheid* een meerderheidsbelang in NVLS houdt, kunnen mijns inziens ook de belangen van de gemeenten Amsterdam en Rotterdam meegerekend worden. De verdeling van het meerderheidsbelang van het publieke aandeelhouderschap over meerdere overheidsorganen (in verschillende bestuurslagen) houdt echter in dat een bepaalde

101 Ook de Raad voor Verkeer en Waterstaat heeft zich in het rapport, *Behoud de meerderheid... Second opinion bij het kabinetsvoornemen tot privatisering van de N.V. Luchthaven Schiphol*, 23 september 2004, p. 5, negatief uitgelaten over een vervreemding van de meerderheid van de aandelen in de NVLS.

102 Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 93, p. 12.

103 In het aanvankelijke amendement op de Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol *Kamerstukken II 2004/05*, 28 074, nr. 14, p. 1, wordt voorgesteld het volgende artikel toe te voegen: '1. Het Rijk bezit ten minste 51% van het stemrecht in de exploitant van de luchthaven.

2. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de wijze waarop en de voorwaarden waaronder het stemrecht, bedoeld in het eerste lid, kan worden overgedragen. Bij deze algemene maatregel van bestuur kunnen tevens een of meerdere andere overheidsorganisaties dan het Rijk worden aangewezen ter voldoening van het in het eerste lid genoemde percentage.' Een maand later wordt het amendement gewijzigd, zie *Kamerstukken II 2004/05*, 28 074, nr. 19, om aldus de *mainport* positie te benadrukken: '1. De overheid bezit ten minste een meerderheid van het economisch en juridisch belang in de exploitant van de luchthaven.

2. Onze Minister van Financiën wijst bij regeling een of meerdere overheidsorganisaties aan ter voldoening van de in het eerste lid genoemde eis.

3. De krachtens het tweede lid vast te stellen regeling heeft in ieder geval betrekking op de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de in het eerste lid genoemde eis en de wijze waarop de overheid in gezamenlijkheid blijvend invulling geeft aan de continuïteit van de Mainport.'

coördinatie van de verschillende publieke aandeelhouders wenselijk is. Het (privaatrechtelijk) handelen van de verschillende publieke aandeelhouders moet zoveel mogelijk op elkaar aansluiten en op elkaar worden afgestemd. Om een eenduidig beleid van de verschillende overheidsaandeelhouders te verzekeren, stelt de heer Cools in zijn rapport dat het noodzakelijk is dat de verschillende overheidsaandeelhouders een overeenkomst sluiten met betrekking tot het uitbrengen van stemmen op de AVA.¹⁰⁴ Een hieraan verbonden nadeel is echter dat een aandeelhoudersovereenkomst 'de actieradius van de Staat als aandeelhouder [zou] verengen. De Staat is dan niet langer vrij in het nemen van beslissingen, maar is ook op voorhand gebonden aan de opvattingen van medeaandeelhouders.'¹⁰⁵ Een ander in paragraaf 5.2.2 van hoofdstuk 4 besproken nadeel van het gebruik van aandeelhoudersovereenkomsten als instrument van overheidsinvloed, betreft mijns inziens ook de vraag van de afdwingbaarheid van stemovereenkomsten. Daarbij zal, indien de aandeelhoudersovereenkomst geldig is, naleving ervan veelal *ex post* afgedwongen moeten worden, terwijl bijvoorbeeld het publieke aandeelhouderschap ook *ex ante* inspraak- en controlemogelijkheden kent, waardoor gebruik hiervan voor de vormgeving van overheidsinvloed mijns inziens de voorkeur zou genieten.

Als alternatief voor aandeelhoudersovereenkomsten die de Rijksoverheid in haar handelen beperken, of in aanvulling op het instrumentarium van de aandeelhoudersovereenkomst stel ik daarom het volgende voor. De verhouding tussen verschillende overheidsorganen die via het privaatrecht in overheidsondernemingen deelnemen, wordt in beginsel beheerst door privaatrechtelijke normen. Hiermee doel ik onder meer op de institutionele regels die gelden binnen vennootschappen die bijvoorbeeld de verhouding tussen verschillende vennootschapsorganen regelen, maar ook op de rechtsbeginselen zoals artikel 2:8 BW met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid. Dit artikel vormt één van de grondslagen voor de invulling van de verhouding tussen verschillende overheidsorganen bijvoorbeeld wanneer deze als meerderheids- en minderheidsaandeelhouders in een overheidsonderneming deelnemen. Echter, het privaatrechtelijke handelen van overheidsorganen zou ook moeten worden bepaald door de staats- en bestuursrechtelijke verhoudingen zoals die tussen verschillende overheidsorganen bestaan. De bijzondere invulling van privaatrecht wanneer het overheidsprivaatrecht betreft, zou derhalve de hiërarchische verdeling van de verschillende bestuurslagen in de Nederlandse rechtsorde moeten reflecteren. Hierbij doel ik bijvoorbeeld op de verticale aansturing die vanaf rijksniveau mogelijk is door het middel van spontane vernietiging zoals besproken in paragraaf 5.2.2 en paragraaf 5.2.3 van hoofdstuk 4. Beargumenteerd zou kunnen worden dat het privaatrechtelijk handelen van overheidsorganen derhalve nader kan worden bepaald door te kijken naar de institutio-

104 Zie K. Cools, *Privatisering NV Luchthaven Schiphol. Rapportage aan de Tweede Kamer door Prof. Dr. K. Cools RA*, 13 december 2005.

105 Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97 (Brief), p. 4-5.

nele verhoudingen en regels die gelden tussen verschillende overheidsorganen en/of bestuursorganen. Besluiten of bepaalde beleidsbeslissingen van de Rijksoverheid – bijvoorbeeld in de hoedanigheid van publieke aandeelhouder – zullen bij tegenstrijdigheid met besluiten en beleid van decentrale overheden daarom voorrang dienen te krijgen.

2.3 Tussenconclusie

De *casestudy* van de NVLS illustreert duidelijk dat één overheidsonderneming verschillende publieke belangen kan dienen. Deze publieke belangen variëren in casu van het publieke belang van milieubescherming en het belang van Schiphol als *mainport* tot het publieke belang dat de mededinging niet wordt vervalst door het misbruik van de machtspositie van Schiphol. Zoals ik heb besproken, hoeft het naast elkaar bestaan van verschillende publieke belangen mijns inziens niet problematisch te zijn. De (Rijks)overheid is zeer wel in staat de verschillende publieke belangen te prioriteren. In deze *casestudy* is aan bod gekomen dat louter (semi)publiekrechtelijke regulering zoals voorgesteld met het oog op de verkoop van aandelen, niet de wenselijk geachte controle op de NVLS zou bieden en dat wet- en regelgeving de betrokken publieke belangen niet afdoende kunnen borgen. Om deze reden wordt publiek aandeelhouder-schap wenselijk geacht.

De verhouding tussen de verschillende betrokken publieke aandeelhouders verdient echter nadere aandacht. Ik meen dat voor het bepalen of sprake is van een overheidsonderneming voor wat betreft deelneming in het aandelenkapitaal, moet worden gekeken naar de gezamenlijke portefeuille van alle publieke aandeelhouders. Dit neemt niet weg dat de publieke aandeelhouders van mening kunnen verschillen ten aanzien van de te maken afweging van publieke belangen of de specifieke uitvoering daarvan. Eventuele tegenstrijdigheden tussen de wensen van verschillende bij de overheid betrokken publieke partijen, in casu aandeelhouders, kunnen vragen oproepen omtrent de wenselijkheid van een eventuele bevoegdheidsverdeling tussen deze betrokken publieke partijen. Hierboven is immers geïllustreerd dat de Staat zelfs als meerderheidsaandeelhouder in bepaalde gevallen afhankelijk is van de medewerking van haar publieke minderheidsaandeelhouder(s).¹⁰⁶ Het feit dat bij een overheidsonderneming meerdere publieke partijen – in casu aandeelhouders – betrokken zijn, betekent dat nadere coördinatie tussen deze verschillende partijen nodig is. Deze coördinatie kan verdergaan dan het noodzakelijke (vrijwillige) overleg tussen publieke aandeelhouders. Mijns inziens moet in aanvulling op het in hoofdstuk 3 besproken normenkader, gelden dat tussen de betrokken publieke partijen een bevoegdheidsverdeling wordt aangebracht

106 Zie par. 2.1.3 van dit hoofdstuk.

die overeenstemt met de staatsrechtelijke verhoudingen tussen de desbetreffende publieke partijen. Aldus wordt het privaatrechtelijk handelen van bijvoorbeeld decentrale overheden in de overheidsonderneming niet slechts genormeerd door de in hoofdstuk 3 besproken normen, maar ook bepaald door hun verhouding met de Rijksoverheid.

3 NV NEDERLANDSE SPOORWEGEN

Algemeen

In deze paragraaf over het personenvervoer per spoor staat de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen centraal. Na een korte beschrijving van de historie met betrekking tot de totstandkoming van de Nederlandse Spoorwegen als naamloze vennootschap in paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk, volgt een beschrijving van het wettelijk kader in paragraaf 3.2. De beperkte mogelijkheden van een vergunningstelsel als (enig) instrument van overheidssturing worden hier besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op het vennootschapsrechtelijk kader en de positie daar binnen van de Nederlandse Spoorwegen ten opzichte van de overheid. De gedetailleerde invulling van het publieke belang door een uitwerking van de aan de verleende concessie verbonden zorgplicht, geeft ook het vennootschapsbelang een concretere invulling. Hierdoor zal overheidssturing door middel van het vennootschapsrechtelijke arsenaal zoals besproken in hoofdstuk 4, zoals toetsing wegens mogelijke strijd met de doelstelling, eenvoudiger worden. Alvorens tot een conclusie te komen in paragraaf 3.5, wordt in paragraaf 3.4 beknopt de positie van spoorwegbeheerder Prorail BV, ook een overheidsonderneming, ten opzichte van de NV Nederlandse Spoorwegen en de overheid belicht.

3.1 Historie

Tot 1937: oprichting naamloze vennootschap Nederlandse Spoorwegen

Aanvankelijk was in het midden van de negentiende eeuw in Europa de aanleg en exploitatie van spoorwegen een aangelegenheid van private personen die hiervoor een concessie konden verkrijgen.¹⁰⁷ Ondanks de vele concessieaanvragen stagneerde de aanleg van spoorlijnen, doordat de met aanleg gemoeide

¹⁰⁷ Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 4. De eerste spoorwegconcessie in Nederland dateert van 1 juni 1836 en betrof de aanleg van de lijn Amsterdam Haarlem. Zie het Koninklijk Besluit van 1 juni 1836, nr. 75. Dat de aanleg van de spoorlijn in de concessie werd beschouwd als 'van algemeen nut zijnde', was voornamelijk ingegeven door de hierdoor eenvoudigere onteigening. Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 173.

investeringen voor private partijen te groot bleken. Overheidsbemoeienis leek derhalve onvermijdelijk. De totstandkoming van de eerste spoorwegwetgeving leidde tot veel discussie. De discussie over de vraag of de spoorwegaanleg van staatswege dan wel in particulier beheer moest plaatsvinden, werd in het voordeel van de aanleg door de Staat beslecht.¹⁰⁸ De eerste Spoorwegwet kwam uiteindelijk tot stand onder het kabinet Van Hall/Van Heemstra.¹⁰⁹ De exploitatie van deze door de Staat aangelegde spoorwegen kwam in handen van onderling concurrerende particuliere ondernemingen. De grootste exploitanten waren de in 1837 opgerichte naamloze vennootschap Hollandse IJzeren Spoorweg Maatschappij (HSM) en de in 1863 opgerichte naamloze vennootschap Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen (SS).¹¹⁰ De exploitatie van spoorwegen was echter niet winstgevend.¹¹¹ In 1917 werd in een poging het tij te keren door de spoorwegexploitanten de belangengemeenschap Nederlandse Spoorwegen opgericht.¹¹² De financiële problemen hielden echter aan en in 1937 werd besloten de organisatie van eigendom en exploitatie grondig te reorganiseren.¹¹³ Hiertoe werd de eigendom van bijna alle spoorwegen, ook

108 Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 211-220.

109 Op 8 februari 1860 werd een wetsvoorstel inzake de aanleg en exploitatie van de Noorder- en Zuiderspoorweg – dat door het toenmalige kabinet Rochussen was ingediend – door de Eerste Kamer verworpen. Dit leidde tot de val van dit kabinet. In tegenstelling tot de Eerste Kamer, die onder druk stond van koning Willem III, wilde Rochussen concessies voor de aanleg spoorlijnen aan particulieren verlenen. Uiteindelijk werd onder een volgend kabinet, Van Hall/Van Heemstra, gekozen voor aanleg van staatswege. Ingediend 21 april 1860, wetsontwerp LXIII. Zie over de totstandkoming van de wet tot staatsaanleg J.H. Jonckers Nieboer, *Geschiedenis der Nederlandsche Spoorwegen 1932-1938*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar 1938, p. 90-96.

110 Interessant met het oog op het nationale belang van de spoorwegaanleg en -exploitatie is de constatering dat de aandelen in de verschillende private ondernemingen overwegend in buitenlandse handen waren.

111 Jansen stelt hierover: ‘De duopolistische concurrentie tussen beide ondernemingen tastte het rendement aan en noopte hen in 1916 het kabinet-Cort van der Linden te verzoeken in te stemmen met het aangaan van een belangengemeenschap.’ Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 107. Zie voorts J.H. Jonckers Nieboer, *Geschiedenis der Nederlandsche Spoorwegen 1932-1938*, Rotterdam: Nijgh & Van Ditmar 1938, p. 185.

112 In ideologisch opzicht speelde dat staatsexploitatie door sommigen – maar niet door iedereen – als wenselijk werd gezien. De vraag ‘wel of geen staatsexploitatie’ is gedurende de hele geschiedenis van de spoorwegen controversieel geweest. Als groot voorbeeld golden de Preußische Staatseisenbahnen. In Nederland zijn de voorstanders van staatsexploitatie altijd minder sterk geweest dan in Duitsland maar ze werden begin 20e eeuw wel sterker. Zo ontstond het compromis van de belangengemeenschap dat twintig jaar stand heeft gehouden.

113 De noodzaak tot reorganisatie vloeide onder andere voort uit de versterkte concurrentie met het wegvervoer en door de van overheidswege opgelegde eisen. Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 315 e.v. De door de instelling van de belangengemeenschap ontstane verdeling van de bedrijfsvoering over twee ondernemingen werd in dit kader als onwense-

de spoorwegen die tot dan toe in eigendom behoorden aan de staat, overgedragen aan één vennootschap, te weten de NV Nederlandse Spoorwegen.¹¹⁴ Om controle op de spoorweginfrastructuur te behouden kwamen de aandelen van deze naamloze vennootschap volledig in handen van de Nederlandse staat.¹¹⁵ Alle spoorlijnen werden, enkele uitzonderingen daargelaten, vanaf 1938 steeds geëxploiteerd door deze naamloze vennootschap.

Aanvankelijk verliep de exploitatie redelijk succesvol. Bovendien speelde de NV Nederlandse Spoorwegen na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke rol in de wederopbouw. In de jaren zestig van de vorige eeuw echter werden de verliezen groter.¹¹⁶ Om het tij te keren werd in de jaren zeventig van de vorige eeuw gekozen voor een aanzienlijke uitbreiding van de dienstregeling.¹¹⁷ De hiermee gepaard gaande kosten werden gedekt door subsidies van de overheid. Deze subsidies werden gerechtvaardigd door te bepalen dat de NV Nederlandse Spoorwegen een maatschappelijke functie vervulde. De toename van de subsidies leidde tot een sterkere uitbreiding van overheidsinvloed op het beleid van de tot dan toe zeer zelfstandig functionerende vennootschap.¹¹⁸

Vanaf de jaren tachtig tot heden: liberalisering van personenvervoer per spoor faalt
De in hoofdstuk 1 beschreven opkomst van marktwerking in de jaren tachtig en negentig kenmerkten ook de ontwikkeling van de NV Nederlandse Spoorwegen in deze jaren.¹¹⁹ Op grond van de in paragraaf 3.2 te bespreken EG-

lijk gezien. Zie het wetsvoorstel van 8 juni 1936, zie *Kamerstukken II 1935/36*, nr. 416 (bijlagen Handelingen).

114 Zie de wet tot oprichting van de NV Nederlandsche Spoorwegen van 26 mei 1936, *Stb.* 1936, nr. 520. De oprichting van deze naamloze vennootschap op 2 augustus 1937 betekende het einde van de ondernemingen die samenwerkten in de belangengemeenschap. Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 317. Zie tevens R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 107.

115 Door de verscheidene kapitaalinjecties in de particuliere ondernemingen van de staat in de jaren voorafgaand aan de oprichting van de naamloze vennootschap Nederlandse Spoorwegen, had de staat reeds een aanzienlijk deel van de aandelen in handen. De resterende particuliere aandeelhouders werden uitgekocht. Van een staatsbedrijf in de zin van de Bedrijvenwet 1928 kon echter niet worden gesproken: er bleef sprake van particuliere exploitatie.

116 Door de opkomst van aardgas vielen de lucratieve kolentransporten vanuit Zuid-Limburg weg. Bovendien nam de concurrentie van de auto toe. Net zoals bij andere Europese spoorwegbedrijven namen de verliezen hierdoor bij de NV Nederlandse Spoorwegen toe.

117 Deze nieuwe dienstregeling werd in 1970 ingevoerd onder de naam *Spoorslag '70*.

118 Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 321.

119 Zie nader D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten, R. Leyenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 3-13.

richtlijn 91/440 zou via liberalisering de marktwerking op de spoorwegmarkt moeten worden gestimuleerd.¹²⁰ Ter implementatie van deze richtlijn werd de NV Nederlandse Spoorwegen op advies van de commissie Wijffels in vier onderdelen gesplitst.¹²¹ Beheer en onderhoud van de infrastructuur werden beschouwd als taken van de overheid en werden per 1 januari 1995 ondergebracht bij verschillende ‘taakorganisaties’ binnen de onderneming.¹²² De exploitatie – die op bedrijfseconomische basis moest plaatsvinden – werd ondergebracht bij de NV Nederlandse Spoorwegen.¹²³ Door het beheer en de exploitatie te splitsen, zou de NV Nederlandse Spoorwegen marktgerichter en slagvaardiger kunnen opereren. De relatie tussen de Staat en de NV Nederlandse Spoorwegen werd vastgelegd in een privaatrechtelijk contract.¹²⁴ Bovendien zouden de subsidies van de overheid aan de NV Nederlandse Spoorwegen geleidelijk afgebouwd kunnen worden.¹²⁵ Brouwer stelt over de opsplitsing van het bedrijf:

120 Van Ooststroom stelt treffend: ‘... barrières voor toegang tot de markt voor concurrerende bedrijven (...) worden geslecht. De markt moet worden geliberaliseerd. Zowel de Europese regelgeving als de regeringsbesluiten in Nederland ademen een streven naar feitelijke concurrentie.’ Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 7.

121 De commissie-Wijffels bracht in 1992 haar advies uit over de implementatie van deze richtlijn. De commissie stelde voor het bedrijf in onderdelen te verdelen ‘...om zo prikkels te bieden voor een betere commerciële bedrijfsvoering.’ Bovendien zou er aldus een eind worden gemaakt aan de gecompliceerde onderlinge verwevenheid van alle bedrijfsactiviteiten binnen de onderneming. Zie H.H.F. Wijffels, R.J. in ‘t Veld en J.F.A. de Soet, *Sporen voor straks, advies over de toekomstige relatie tussen overheid en Nederlandse Spoorwegen*, uitgebracht aan de minister van Verkeer en Waterstaat, 5 juni 1992.

122 Deze taakorganisaties gingen later op in ProRail BV. Zie hierover verder paragraaf 1.3.

123 De NV Nederlandse Spoorwegen werd op 1 januari 1995 een holdingmaatschappij met daaronder een tak voor enerzijds de niet-commerciële activiteiten, het latere Prorail, en anderzijds een tak voor de commerciële activiteiten, de NS Groep NV met daaronder NS Stations BV, NS Cargo, NS Vastgoed BV en NS Bedrijven BV, welke laatste bestaat uit NS Reizigers, NS Materieel, NS Beveiligingsservices, NS Infraservices. Tekorten bij de niet-commerciële tak werden door de overheid aangevuld; de commerciële tak was afhankelijk van eigen inkomsten. Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?’, *TVR* 2002/1, p. 9. NS Cargo resorteerde sinds 1 januari 2000 na een fusie onder de naam Railion Nederland NV als dochteronderneming van Deutsche Bahn onder de holding Railion GmbH. Zie het jaarverslag van de NS Nederlandse Spoorwegen 1999, p. 21. In februari 2009 is de naam Railion Nederland NV gewijzigd in DB Schenker Rail Nederland NV. Zie <http://www.rail.dbschenker.nl/>.

124 Het contract van 29 juni 1995 ging in op 1 juli 1995 onder de naam *Over de wissel tussen markt en overheid. De verzelfstandiging van NS en de nieuwe relatie tot de Staat*. Zie http://www.verkeerenwaterstaat.nl/Images/20070706_NS_tcm195-192089.pdf.

125 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 355, p. 9. Er wordt zelfs aan een beursgang gedacht. Zie onder verwijzing naar het jaarverslag van de NS uit 1999, P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

'De splitsing van het NS-concern betekende in feite een terugkeer naar de situatie van voor 1938, waarin de exploitant (...) geen eigenaar van de spoorbaan was.'¹²⁶

De Algemene Rekenkamer uitte zich zeer kritisch over de wijze waarop de splitsing tot stand was gekomen.¹²⁷ Nadat de eerste stappen tot ontvlechting waren genomen, werd duidelijk dat 'noch de theoretische noch de praktische achtergronden volledig zijn doordacht.'^{128,129} De prestaties van het bedrijf gingen achteruit, hetgeen eind 2001 zelfs leidde tot het ontslag van de voltallige directie en raad van commissarissen.¹³⁰

Mede door de slechte resultaten en naar aanleiding van negatieve ervaringen van volledige privatisering van spoorwegen in Groot-Brittannië, werd voor een belangrijk gedeelte teruggekomen op de gedachte dat exploitatie van de spoorwegen volledig geliberaliseerd zou kunnen en moeten worden.¹³¹ Deze gedachte heeft zijn beslag gekregen in een nieuw wettelijk kader.

3.2 Wettelijk kader spoorwegen

Hieronder wordt het algemeen juridisch kader weergegeven waarbinnen de instrumenten om overheidsinvloed in de NV Nederlandse Spoorwegen uit te kunnen oefenen moeten passen.

De regeling met betrekking tot het openbaar personenvervoer per spoor is neergelegd in verschillende wetten, besluiten en regelingen. De voor dit onderzoek meest relevante zijn de Spoorwegwet¹³² en de Wet personenver-

126 Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 703.

127 Zie het rapport *Toezicht op het spoor*, aangeboden door de Algemene Rekenkamer aan de Tweede Kamer bij brief van 23 juni 1999, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 615, nr. 1-2.

128 Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 4. Op p. 7 stelt hij: 'Aan de belangrijke vragen of de vraagstructuur op de vervoersmarkt en de aanbodstructuur van de bedrijfstak zich in Nederland lenen voor feitelijke concurrentie wordt nogal gemakkelijk voorbijgegaan.'

129 De eerste concurrentie in het reizigersvervoer ondervond de NV Nederlandse Spoorwegen in 1996 van Lovers Rail, dat treindiensten ging onderhouden tussen Amsterdam en Haarlem, en vandaar naar de stations IJmuiden en Lisse. Vanaf 1998 kwamen via openbare aanbestedingen enkele door de Nederlandse Spoorwegen niet rendabel geachte (regionale) lijnen in handen van andere vervoerders.

130 Zie *De volkskrant*, 'NS-top weg na zware druk Netelenbos', 3 januari 2002.

131 In 2002 stellen Dankers-Hagenaars e.a. reeds: 'Geconstateerd moet worden dat tien jaar EG-richtlijnen en de goed bedoelde uitwerking daarvan in Nederlandse wetgeving en ontwerp-wetgeving de liberalisering van spoorwegen in Nederland weinig heeft opgeleverd. Van de "markt met vrije concurrentie" waaraan richtlijn 191/440/EG zoveel waarde hecht om de efficiëntie van het spoor te verbeteren is tot nu toe nog weinig te merken. Vastgesteld kan worden dat de liberaliseringsgedachte vooralsnog op een zijspoor is gerangeerd.' Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd? Deel 2', *TVR* 2002/2, p. 59.

132 Nader ingevuld door het Algemeen Reglement Vervoer.

voer 2000,¹³³ nader aangepast in de Concessiewet. Het vennootschappelijk kader waarbinnen de overheidsonderneming functioneert, wordt in hoofdzaak gevormd door de bepalingen van Boek 2 BW. Hier kom ik in de volgende paragraaf op terug.

De huidige wettelijke regeling is in belangrijke mate een uitvloeisel van de reeds genoemde Europese richtlijn 91/440, welke voornamelijk gericht was op het creëren van concurrentie op het spoor.

Richtlijn 91/440

In het kader van de liberalisering van de Europese markt, en daarmee ook de vervoerssector, werd in 1991 Richtlijn 91/440 aangenomen.¹³⁴ Op grond van deze richtlijn moest de autonome positie van de NV Nederlandse Spoorwegen weer versterkt worden.¹³⁵ In de preambule bij de richtlijn wordt gewezen op het belang van vrije concurrentie om te komen tot een grotere efficiëntie van het spoor. In de preambule wordt bovendien gesteld dat:

‘...de lidstaten de spoorwegondernemingen het statuut dienen te geven van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich richt naar de behoeften van de markt.’¹³⁶

Om dit te bereiken schrijft de richtlijn op grond van artikel 6 een scheiding voor van enerzijds het beheer van de infrastructuur en anderzijds de vervoersactiviteiten.¹³⁷ De nationale wetgeving werd aangepast, maar de resultaten van liberalisering door de scheiding van het beheer en de exploitatie van spoorwegen,¹³⁸ in combinatie met een vergunningstelsel voor spoorwegondernemingen,¹³⁹ vielen tegen.¹⁴⁰ Met name voor het reizigersvervoer bleek

133 Nader ingevuld door het Besluit Personenvervoer.

134 Zie art. 4 en 5 van Richtlijn 1991/440 van 29 juli 1991.

135 Vanaf de jaren zestig had de overheid, doordat zij een in toenemende mate de tekorten bij de Nederlandse Spoorwegen aanvulde, meer invloed gekregen en was de autonome handelingsvrijheid van de vennootschap sterk aangetast. Zie P. Brouwer / G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

136 Zie de preambule gepubliceerd bij Richtlijn 1991/440 van 29 juli 1991.

137 Overigens was het aan de lidstaten om te bepalen of de scheiding tot stand werd gebracht door een boekhoudkundige scheiding binnen de spoorwegonderneming, dan wel een scheiding door de infrastructuur door een afzonderlijke organisatie te laten beheren. Zie art. 6 lid 2 Richtlijn EEG 1991/440.

138 Het betreft met name Richtlijn 91/440 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de gemeenschap, Pb 1991, L237, welke is gewijzigd in 2001 door richtlijn 2001/12, Pb 2001, L75/1.

139 Zie richtlijn 95/18, Pb 1995, L 143/70, welke is gewijzigd in 2001 door richtlijn 2001/13, Pb 2001 L75/26.

140 Zie voor een uitgebreide bespreking van het ontwerp van de nieuwe spoorwegwetgeving, D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?’, *TVR* 2002/1, p. 3-13 en D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, ‘Van

de mate van succes voor wat betreft het creëren van concurrentie op het spoor tegen te vallen.¹⁴¹ Dit leidde tot een herbezinning van het beleid door de minister van Verkeer en Waterstaat,¹⁴² hetgeen in 2005 resulteerde in – wat betreft het personenvervoer per trein – een aanvulling van de Wet personenvervoer 2000 door de Concessiewet.¹⁴³ Op dezelfde datum is tevens de nieuwe Spoorwegwet van kracht geworden.¹⁴⁴ De Spoorwegwet en de Concessiewet, als aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, komen in de volgende alinea aan de orde.

De Rijksoverheid heeft een hoofdspoornet aangewezen. Dit hoofdspoornet wordt als een nationaal belang gezien. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de exploitatie van reizigersvervoer op alle spoorlijnen, dus ook het hoofdspoornet, aanbesteed zou worden. Besluitvorming hieromtrent werd echter uitgesteld. De NV Nederlandse Spoorwegen kan in ieder geval tot 2015 als enige op het hoofdspoornet blijven rijden.¹⁴⁵ En ook de nieuwe concessie tot 2024 zal waarschijnlijk aan de Nederlandse Spoorwegen worden verleend. De minister van Infrastructuur & Milieu maakte bekend dat zij voornemens is deze vervoersconcessie op het hoofdrailnet voor de periode 2015-2024 aan NV Nederlandse Spoorwegen te gunnen.¹⁴⁶

Spoorwegwet en Concessiewet personenvervoer per spoor

Sinds 1 januari 2005 zijn de Spoorwegwet en de Concessiewet personenvervoer over het spoor van kracht.¹⁴⁷ De Spoorwegwet¹⁴⁸ regelt het beheer en

Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd? Deel 2', *TVR* 2002/2, p. 53-59.

141 Het goederenvervoer leek redelijk te functioneren onder het systeem van de vrije markt.

142 Zie september 2001 de zogenoemde herbezinningsbrief van de minister aan de Tweede Kamer. In een brief aan de Tweede Kamer van 7 september 2001 (de zogenaamde «Herbezinningsbrief») over de ordening van het spoor, wordt na een aantal jaren gewerkt te hebben met private contracten, bewust gekozen voor een publiekrechtelijke concessie. Aan ProRail wordt in 2005 tot 2015 een beheersconcessie verleend. Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Kluwer: Deventer 2005, p. 60.

143 Zie Wet van 23 april 2003 tot aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, strekkende tot invoering van een concessiestelsel voor het personenvervoer per trein (Concessiewet personenvervoer per trein), *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 216, nr. 1-2.

144 Zie het besluit van 20 december 2004 (*Stb.* 2004, nr. 741) met betrekking tot de inwerkingtreding van de Spoorwegwet (*Stb.* 2003, nr. 264), welke op belangrijke punten de Spoorwegwet uit 1875 (Zie *Stb.* 1875, nr. 67) vervangt.

145 Zie art. 67 lid 2 Wet personenvervoer 2000.

146 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 987, nr. 6 en het *NS 2011 Jaarmagazine*, p. 8.

147 Zie besluit van 20 december 2004, *Stb.* 2004, nr. 741.

148 Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen, *Stb.* 2003, nr. 264 (hierna: Spoorwegwet). Overigens zijn enkele bepalingen van de Spoorwegwet 1875 nog van kracht. Het betreft de Wet van 9 april 1875, tot regeling van de dienst en het gebruik der spoorwegen (hierna: Spoorwegwet 1875).

gebruik van spoorwegen.¹⁴⁹ Op grond van artikel 28 van de Spoorwegwet kan de minister van Infrastructuur & Milieu vergunning verlenen aan een in Nederland gevestigde spoorwegonderneming, indien deze voldoet aan de vereisten van goede naam, financiële draagkracht en beroepsbekwaamheid. Een bepaalde rechtsvorm wordt *niet* vereist.¹⁵⁰ Wel is het mogelijk dat de minister van Infrastructuur & Milieu aan de vergunning bij of krachtens Algemene maatregel van Bestuur nadere voorschriften stelt.¹⁵¹ De minister kan de bedrijfsvergunning op grond van artikel 29 van de Spoorwegwet schorsen of intrekken als:

- 'a. de vergunninghouder niet meer voldoet aan de bij of krachtens artikel 28 toepasselijke eisen of voorschriften;
- b. de veiligheid van het spoorverkeer door wijziging van de rechtspositie van de vergunninghouder ingeval van fusie of bedrijfsovername naar het oordeel van Onze Minister niet langer is gewaarborgd of
- c. bij herhaling bij onherroepelijk rechterlijk vonnis is vastgesteld dat de vergunninghouder of zijn bestuurders het bepaalde bij of krachtens deze wet dan wel de toepasselijke voorschriften inzake arbeidsomstandigheden of arbeidstijden hebben overtreden, dan wel bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld dat deze het bepaalde bij of krachtens deze wet dan wel de toepasselijke voorschriften inzake arbeidsomstandigheden of arbeidstijden in ernstige mate hebben overtreden.'

Een op zich zelfstaande vergunningverlening is mijns inziens geen geschikt instrument voor de uitoefening van overheidsinvloed omdat het een te onnauwkeurig instrument betreft. Intrekking van de concessie wordt als een te zwaar middel beschouwd, waar het algemeen belang niet door gediend zou zijn. De intrekking of schorsing door de minister is zelfs als *ultimum remedium* ook niet werkbaar omdat intrekking slechts mogelijk is wanneer een andere onderneming de desbetreffende activiteiten waarvoor een vergunning is verleend direct moet kunnen overnemen. Wat dat betreft, is de sanctie van schorsing of intrekking van een vergunning gezien de consequenties van schorsing of intrekking voor een dienst met een monopolioïde karakter te weinig subtiel.

Ten slotte een enkel woord met betrekking tot de afgegeven concessie. De Concessiewet bewerkstelligde de invoering van een concessiestelsel en de daartoe benodigde wijziging van de Wet personenvervoer 2000.¹⁵² Wanneer

149 Op grond van art. 16 van de Spoorwegwet wordt onder beheer verstaan de zorg voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur. De tram- en metrosporen waar de spoorwegwet ook op van toepassing is, blijven hier buiten beschouwing.

150 Zie hoofdstuk 3 van de Spoorwegwet.

151 Zie art. 31 lid c Spoorwegwet.

152 Concessiewet Wet van 23 april 2003 tot aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, strekkende tot invoering van een concessiestelsel voor het personenvervoer per trein (hierna: Concessiewet personenvervoer per trein).

de onderneming openbaar vervoer wil verrichten is deze concessieplichtig.¹⁵³ Tot 1995 was de NV Nederlandse Spoorwegen op grond van een concessie als enige bevoegd vervoer per spoor te verrichten,¹⁵⁴ maar na 1995 verloor de NV Nederlandse Spoorwegen deze monopoliepositie.¹⁵⁵ Wel bleef de concessie tot het alleenrecht van vervoer op het *hoofdspoorwegnet* in handen van NV Nederlandse Spoorwegen.¹⁵⁶

3.3 Vennootschappelijk kader NV Nederlandse Spoorwegen

3.3.1 Statutaire bepalingen NV Nederlandse Spoorwegen

Hierboven is het aan de concessieverlening verbonden instrument van vergunningverlening met haar tekortkomingen besproken. Hieronder komen andere wijzen om overheidsinvloed uit te oefenen binnen de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen ter sprake. De concessieverlening voor beheer (Prorail) en vervoer worden aangevuld met semi-publiekrechtelijke instrumenten zoals een na te leven vervoersplan. Ik zal beargumenteren dat met deze aanvullende instrumenten een gedetailleerde behartiging van de betrokken publieke belangen plaatsvindt door de naleving van zorgplichten. Deze concretisering van publieke belangen betekent dat ook het vennootschapsbelang concreter wordt en derhalve als grondslag voor de toetsing van het handelen van de organen binnen de overheidsonderneming in overeenstemming met de publieke belangen kan worden gebruikt.

Voor een nadere invulling van het wettelijk kader zoals dat is geschetst in de vorige paragraaf, zijn ter bepaling van de vennootschapsrechtelijke context in eerste plaats de reeds in hoofdstuk 2 besproken bepalingen van Boek 2 BW van belang. Deze worden nader uitgewerkt in de statuten van de NV Neder-

153 Zie art. 19 Wet personenvervoer 2000. Op grond van art. 20 Wet personenvervoer 2000 verleent de minister van Verkeer en Waterstaat de concessie voor het personenvervoer per spoor op het hoofdspoornet en zijn Gedeputeerde Staten verantwoordelijk voor de concessies ten behoeve van regionale spoorwegnetten. Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer (Wet personenvervoer 2000, *Stb.* 2000, nr. 314, gewijzigd per 1 januari 2005, *Stb.* 2003, nr. 265).

154 Zie art. 6 van de Reorganisatiewet 1937 met betrekking tot deze concessie.

155 Overigens is niet een ieder vrij om vervoer over spoor te verzorgen. Zie voor een lijst van door het ministerie van Verkeer en Waterstaat erkende vervoerders, de website www.ivw.nl.

156 Een dochteronderneming NS Reizigers beschikt over de concessie voor het hoofdspoornet. Bovendien houdt NS Reizigers de concessies voor enkele regionale lijnen in de zogenaamde contractsector. De overige treindiensten zijn openbaar aanbesteed of in enkele gevallen onderhands gegund aan andere vervoerders, zoals Arriva, Connexion en Syntus.

landse Spoorwegen.¹⁵⁷ Op de NV Nederlandse Spoorwegen is de structuurregeling (het verlicht regime) van toepassing.¹⁵⁸ De Staat houdt 100% van de stemgerechtigde aandelen. De aandelen worden sinds 1 januari 2005 beheerd door het ministerie van Financiën.¹⁵⁹ De voor dit onderzoek relevante bepalingen uit de statuten – waaronder benoeming van bestuurders en commissarissen, goedkeuring van besluiten en bestemming van de winst – worden in deze paragraaf besproken. Op de in de statuten opgenomen doelstelling wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

Benoeming en ontslag bestuurders en commissarissen

Conform de regeling in Boek 2 BW voor het verlichte structuurregime worden de bestuurders en commissarissen benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders op voordracht van de raad van commissarissen, met inachtneming van een profielschets.¹⁶⁰ Ook het besluit tot schorsing of ontslag van bestuurders en commissarissen ligt in handen van de algemene vergadering.¹⁶¹

Goedkeuring besluitvorming

Naast de in artikel 2:164 BW en 2:107a BW genoemde besluiten¹⁶² worden in artikel 19 lid 1 en 2 van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen nog enkele aanvullende bestuursbesluiten genoemd, die aan goedkeuring van de raad van commissarissen respectievelijk de algemene vergadering van aandeelhouders zijn onderworpen.¹⁶³ Bovendien, zo vereist artikel 19 lid 5 van de statuten, is de raad van bestuur verplicht te overleggen omtrent voorgenomen besluiten, die door de raad van commissarissen zijn aangemerkt als van strategisch belang voor de vennootschap.

157 De statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen zijn volgens de gegevens van het uittreksel van het handelsregister van 26 maart 2013 laatstelijk gewijzigd op 12 maart 2008. De statuten zijn niet op de website van de Nederlandse Spoorwegen geplaatst.

158 Zie art. 2 lid 3 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008).

159 Tot 2005 werden de aandelen gehouden door het ministerie van Verkeer en Waterstaat.

160 Zie voor respectievelijk de bestuurders art. 14 en voor de commissarissen art. 22 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). De profielschets is wel op de website www.ns.nl te vinden.

161 Zie voor het ontslag van (individuele) bestuurders art. 15 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). Overigens kan pas worden besloten tot ontslag door de algemene vergadering, nadat de raad van commissarissen is geraadpleegd. Overeenkomstig de algemene vergadering van aandeelhouders kan de raad van commissarissen een lid van de raad van bestuur schorsen. Zie art. 15 lid 2 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008). Op grond van art. 24 van de statuten kan de algemene vergadering van aandeelhouders alleen het vertrouwen opzeggen in de gehele raad van commissarissen (hetgeen tot onmiddellijk ontslag van alle commissarissen leidt, zie art. 24 lid 3).

162 Zie reeds hoofdstuk 4.

163 Zie bijvoorbeeld art. 19 lid 1 sub n van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen (statuten per 12 maart 2008), waar de vaststelling van het investeringsplan wordt genoemd.

Interessant is dat in artikel 19 lid 2 sub B van de statuten miskend lijkt te worden dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de vakminister en het ministerie van Financiën dat beheerder is van de overheidsaandelen. Onder sub B wordt bepaald dat op grond van de statuten vereiste goedkeuring van de algemene vergadering niet aanwezig hoeft te zijn:

‘...indien het besluiten betreft terzake waarvan de vennootschap een overeenkomst met de Staat heeft gesloten (...).’

Hiermee worden mijns inziens de verhoudingen binnen het vennootschapsrechtelijk kader onterecht aangetast. Het zou de voorkeur verdienen om ook in de gevallen dat de Staat (meerderheids)aandeelhouder is en de onderneming een overeenkomst sluit met de Staat, de Staat als aandeelhouder formeel dergelijke besluiten te laten goedkeuren. Anders zou van een onnodige vermenging van hoedanigheden sprake zijn.

Winstuitkering

De winst die overblijft na de redelijkerwijs noodzakelijke reserveringen staat ter beschikking van de algemene vergadering van aandeelhouders. Bovendien kan de algemene vergadering van aandeelhouders, voorzover de wettelijke reserves op niveau blijven, besluiten tot tussentijdse uitkering van dividend.¹⁶⁴

3.3.2 Vennootschapsbelang versus publiek belang

Het met de NV Nederlandse Spoorwegen gemoeide publiek belang is het bereikbaar houden van de grote stadsgewesten via voldoende en betrouwbaar massatransport per spoor, tegen een consumentenprijs waarin de maatschappelijke baten van dat vervoer zijn verwerkt.¹⁶⁵ Het publieke belang moet worden geborgd door een combinatie van de concessieovereenkomst en het publiek aandeelhouderschap.¹⁶⁶ Ik ga hieronder nader in op de concrete invulling van de publieke taak behartiging door de NV Nederlandse Spoorwegen. Maar allereerst moet het volgende over het vennootschapsbelang worden opgemerkt.

Het belang zoals dat in 1937 in de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen werd neergelegd, verwoordde slechts een zakelijke doelstelling. De statuten

164 Zie art. 33, in het bijzonder lid 7, van de statuten.

165 Zie de Kabinetsnota Mobiliteit van 25 september 2004, te raadplegen via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/notas/2004/09/25/nota-mobiliteit.html>.

166 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 39. Genoemd wordt ook de Kabinetsnota Mobiliteit van 25 september 2004, die hier niet afzonderlijk wordt besproken omdat deze als beleidsvoornemen, niet dezelfde relevantie heeft voor de verhouding tussen de staat en de overheidsonderneming NV Nederlandse Spoorwegen.

spraken over het aanleggen en exploiteren van spoor- en tramwegen.¹⁶⁷ In een overleg van 1969 werd door de regering met nadruk gewezen op het feit dat de NV Nederlandse Spoorwegen diende te streven naar de maximalisatie van de opbrengsten.¹⁶⁸ Een eventueel te dienen algemeen belang werd niet in de statuten genoemd. Behartiging van het algemeen belang werd in belangrijke mate gewaarborgd via voorwaarden gekoppeld aan de verleende concessie.¹⁶⁹ Hoewel de overheid in de jaren zeventig door de subsidies paradoxaal steeds meer invloed op de vennootschap – en haar doelstelling – had gekregen, was onder invloed van de liberalisering in de jaren tachtig en negentig een duidelijke verandering waarneembaar en profileerde de Nederlandse spoorwegen zich als commerciële, eventueel zelfs aan de beurs genoteerde, onderneming.¹⁷⁰ Doordat de NV Nederlandse Spoorwegen zich zo nadrukkelijk als zakelijke onderneming profileerde, liep welhaast vanzelfsprekend het onderscheid tussen het vennootschapsbelang en het algemeen belang verder uiteen.

Illustratief voor het van het algemeen belang afwijkende vennootschapsbelang van de NV Nederlandse Spoorwegen, is de inmenging in het – in de ogen van de NV Nederlandse Spoorwegen concurrerende – streekvervoer, waardoor veel zogenaamde interlokale tram- en busdiensten verdwenen.¹⁷¹

167 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 121. Statuten NV Nederlandse Spoorwegen Bijvoegsel tot de Nederlandse Staatscourant, 30 augustus 1937, nr. 166.

168 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 121, die verwijst naar de Wet ter gezondmaking van de financiële positie van de NS, 8 oktober 1969, p. 4.

169 Interessant in dit kader is de door Jansen beschreven casus van de Nederlandse wagonbouwer Werkspoor- Utrecht. In een protectionistische context waar verschillende lidstaten van de Europese Gemeenschap orders voor spoorwegmaterieel ten gunste deden van de nationale wagonindustrie, wilde ook het ministerie van Economische zaken dat de Nederlandse Spoorwegen hun materieel betrokken bij de Nederlandse wagonbouwer. De directie van de Nederlandse Spoorwegen had echter offertes in het buitenland aangevraagd en hoopte aldaar tegen gunstiger voorwaarden materieel te kunnen aanschaffen. 'Het aankoopbeleid moest volgens de directie van de NV Nederlandse Spoorwegen gericht zijn op het bedrijfsbelang. Dit betekende de aanbesteding bij ondernemingen met de laagste prijzen, gegeven de kwaliteit van het materieel.' Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 140.

170 Brouwer constateert een verandering van de jaarverslagen: 'Voorheen kregen vervoerskundige en financiële aspecten min of meer evenveel aandacht; na 1992 staan financiële resultaten centraal.' Zie P. Brouwer/ G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 700.

171 In 1927 richtte de NS de dochteronderneming NV Algemeene Transport Onderneming op. Deze holding kocht particuliere busbedrijven op om aldus de concurrentie van de bus te verkleinen. Vanaf de jaren zeventig tot aan het jaar 1983, toen het busvervoer is overgedragen aan de VSN, had de NV Nederlandse Spoorwegen een groot deel van het openbaar vervoer per bus in handen.

In de huidige statuten wordt in de doelstelling gesproken over *het uitoefenen van het vervoersbedrijf in de breedste zin*.¹⁷² De zeer brede invulling van de doelstelling blijkt uit de grote verscheidenheid aan dochterondernemingen, die – als 100%-dochter – onder de NV Nederlandse Spoorwegen holding functioneren.¹⁷³ Ook in het huidige wettelijk systeem speelt de concessie zoals besproken in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk een belangrijke rol, maar een *expliciete* verwijzing naar het algemeen belang ontbreekt.¹⁷⁴

Hoewel het algemeen belang in beginsel langs andere wegen dan het vennootschapsrecht wordt behartigd, is in de huidige statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen het zakelijk karakter van de doelstelling – het uitoefenen van het vervoersbedrijf in de ruimste zin – desalniettemin enigszins genuanceerd. Als aanvulling op de in artikel 3 van de statuten geformuleerde doelstelling lezen we:

‘De vennootschap zal bij het verwezenlijken van haar doel de belangen, die verband houden met het functioneren van de vennootschap in de samenleving, op evenwichtige wijze in aanmerking nemen.’¹⁷⁵

Dat het algemeen belang de laatste jaren een sterkere positie binnen het vennootschappelijk kader begint te krijgen ten opzichte van het vennootschapsbelang – in het bijzonder het belang van de aandeelhouders – blijkt mijns inziens ook uit de in de statuten getroffen regeling voor het geval sprake is van een overeenkomst met de Staat: de in andere gevallen noodzakelijke toestemming van de aandeelhouders kan in dat geval achterwege blijven.¹⁷⁶

Ook kritische vragen vanuit de Tweede Kamer met betrekking tot de noodzaak van de buitenlandse activiteiten van de NV Nederlandse Spoorwegen,¹⁷⁷

172 Zie art. 3 van de statuten NV Nederlandse Spoorwegen.

173 Naast NS Reizigers BV, zijn er onder meer NS Poort (verantwoordelijk voor de exploitatie van de stations), NedTrain (het onderhouds- en revisiebedrijf voor spoorwegmaterieel), het spoorwegbouwbedrijf Strukton Groep NV, NS Financial Services (een Ierse lease-maatschappij opgericht voor het vermogensbeheer van het zogenaamde rollend materieel van de NV Nederlandse Spoorwegen), NS Opleidingen, Passenger Terminal Amsterdam, NS Fiets (stallingen en kluizen voor fietsen bij stations), OV Fiets, Servex (exploitant horeca op stations). Het goederenvervoer is door de NV Nederlandse Spoorwegen afgestoten. Het betrof NS Strukton, zie *Kamerstukken II 2008/09*, 28 165, nr. 97, p. 10.

174 Zie art. 32 concessiewet waar zaken als punctualiteit worden genoemd als verplichtingen voor de concessiehouder.

175 Zie art. 3 van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen.

176 Zie art. 19 lid 2 sub B van de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen.

177 Zo werkt de NV Nederlandse Spoorwegen samen met de Poolse staatspoorwegen onder de naam Nedkoleje en werkt zij onder de naam NedRailways samen in een samenwerkingverband als uitvoerder van verschillende spoorconcessies in Engeland.

lijken de pendule – ondanks een sterk rendementsgerichte minister – meer in de richting van het algemeen belang te bewegen.¹⁷⁸

*De positie van NV Nederlandse Spoorwegen ten opzichte van de overheid
Rechtspersoonlijkheid*

Voor de NV Nederlandse Spoorwegen is haar rechtspersoonlijkheid steeds van groot belang geweest in de verhouding ten opzichte van de overheid. Bij de oprichting van de naamloze vennootschap in 1937 werd het belang van rechtspersoonlijkheid nog sterk gerelativeerd:

‘De nieuwe N.V. zal in het wezen der zaak niet anders zijn dan een tak van Rijksbeheer, die om historische, commercieele en andere redenen gekleed blijft in den vorm eener N.V.’¹⁷⁹

De rechtspersoonlijkheid beperkte echter het preventieve toezicht van het parlement, waardoor ook het beleid van de vennootschap deels werd onttrokken aan dit toezicht.¹⁸⁰ De gebrekkige informatievoorziening versterkte de zelfstandige positie van de onderneming verder.¹⁸¹ Door de relatief grote zelfstandigheid was ook de verhouding tussen de vennootschap en de minister van – destijds nog – Verkeer en Waterstaat niet eenduidig.¹⁸² Illustratief in deze is het door Van der Zwan uitgebreid omschreven conflict met de door de minister van Verkeer en Waterstaat aangewezen directeur, de heer Gou-

178 De minister van Financiën stelt: ‘Ten aanzien van de specifieke opmerkingen vanuit uw Kamer over investeringen in het buitenland, (...) acht ik deze in beginsel aanvaardbaar, zolang deze investeringen positief bijdragen aan het rendement van NS. Zoals ik in mijn eerdere brief van 9 december reeds opmerkte, moet NS er daarbij voor zorgen dat haar investerings- en acquisitiebeleid niet ten koste zal gaan van de uitvoering van de vervoersconcessie. Gezien het grote belang van de vervoersconcessie voor NS acht ik dit ook vanuit het aandeelhouderschap wenselijk.’ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 2 (Brief).

179 Zie Bijlagen Handelingen, *Kamerstukken II* 1936/37, nr. 80.2 (MvA).

180 Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 108. Zie *Kamerstukken I* 1947/48, 600/ J 637/172.

181 Van Ooststroom stelt: ‘De overheid dient toezicht te houden op de effectiviteit en op de efficiëntie van de aanwending van subsidies uit algemene middelen. Daarvoor is informatie nodig (...). In Nederland is de beschikbaarheid over deze informatie altijd asymmetrisch geweest: NS heeft de overheid slechts mondjesmaat inzage gegeven in marktpositie en productie (...).’ Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 6.

182 Van der Zwan schrijft over deze verhouding naar aanleiding van een door de minister niet af te dwingen bestuursbenoeming: ‘bleef Minister Tromp nu werkelijk niet anders over dan zich (...) te schikken in wat (...) de Secretaris-generaal van Waterstaat, hem dringend aanbeval, namelijk zich door NS de wet te laten voorschrijven?’ Zie A. van der Zwan, *Koopman in dienst van de gemeenschap. Goudriaan in botsing met NS*, Schiedam: Uitgeverij Scriptum 1991, p. 4.

driaan. Dit conflict is volgens Van der Zwan terug te voeren op het verschil in inzicht over de wijze waarop de onderneming moest worden geleid.¹⁸³

Naamloze vennootschap

De NV Nederlandse Spoorwegen is nooit een staatsbedrijf in de zin van de bedrijvenwet 1928 geweest zoals bijvoorbeeld het huidige DSM NV dat wel is geweest. In 1969 is er door een staatssecretaris naar aanleiding van een verordening van de Raad van de Europese Gemeenschap¹⁸⁴ nog wel geopperd om de naamloze vennootschap om te zetten in een staatsbedrijf, maar voor de Nederlandse Spoorwegen bleef de vorm van naamloze vennootschap desondanks behouden.¹⁸⁵ Om de zelfstandige positie van de vennootschap te benadrukken, is vanaf 1995 gekozen voor een systeem waarbij – zoals in het evaluatieverslag van 2004 met betrekking tot de NV Nederlandse Spoorwegen is te lezen – de verhouding tussen Staat en de Nederlandse Spoorwegen opnieuw geënt is op normale vennootschapsverhoudingen.¹⁸⁶ Concrete vervoersprestaties werden vastgelegd in overeenkomsten tussen de NV Nederlandse Spoorwegen en de Staat.¹⁸⁷ Over dergelijke contracten stelt Van Ooststroom:

‘Hierbij is gebleken dat in de verhouding tussen rijksoverheid en NS adequate instrumenten ontbreken die een goede allocatie van financiële middelen waarborgen.’¹⁸⁸

183 Het beleid van Goudriaan bracht hem in conflict met de gevestigde belangen binnen de vennootschap. Zo waren de arbeidsvoorwaarden beter dan bij het particuliere bedrijfsleven. Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 149.

184 Zie Verordening EEG nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lid-staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, nr. L 156/1. Op grond van deze verordening zouden de Nederlandse Spoorwegen bovenmatig gecompenseerd worden voor de kosten van de openbare dienstenverplichtingen.

185 Zie het verslag van de bespreking van 8 juli 1969 betreffende de verliessituatie NS, waar Jansen in noot 448 naar verwijst: Zie R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Case-studies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 129.

186 Zie het Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

187 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 18 986, nr. 12; alwaar een samenvatting wordt gegeven van de gemaakte afspraken tussen de minister en de NV Nederlandse Spoorwegen, waarmee de Tweede Kamer december 1995 instemt, zie *Handelingen II* 1995/96, 18 896, nr. 33.

188 Zie H.P.C. van Ooststroom, *Marktwerking en regulering bij spoorwegen. Theorie, empirie en beleid* (diss. VU 1999), Amsterdam 1999, p. 2.

En ook in het evaluatieverslag van 2004 met betrekking tot de NV Nederlandse Spoorwegen werd kritisch over het functioneren van deze overeenkomsten geoordeeld.¹⁸⁹ Desondanks bleef de toenmalig minister van Financiën terughoudend om zijn positie van grootaandeelhouder aan te wenden ter behartiging van het publiek belang. Onder verwijzing naar het in 2004 vastgelegde algemene deelnemingenbeleid stelde hij dat hij:

‘...vanuit de aandeelhoudersfunctie conform het vigerende deelnemingenbeleid vooral zal letten op prestatie- en rendementsverbetering van de onderneming.’¹⁹⁰

De uitvoering van publieke belangen rond het spoorvervoer worden volgens de minister afdoende geborgd door de door het ministerie – van inmiddels Infrastructuur en Milieu – uitgegeven vervoersconcessie, ieder jaar nader gespecificeerd in een vervoersplan.¹⁹¹ Dit bevat zowel een uitwerking van de zorgplichten die voortvloeien uit het houden van de concessie als de afgesproken prestaties. Bepaalde onderdelen van de concessie zoals uitgewerkt in het vervoersplan vereisen de instemming van de concessieverlener. Er bestaat nog geen wettelijke grondslag voor de aansturing door de overheid van de NV Nederlandse Spoorwegen via vervoersplannen in de Wet personenvervoer 2000, maar er is wel een voorstel hiertoe.¹⁹²

De regering hechtte in de context van concurrentievergroting veel waarde aan de autonome positie van de NV Nederlandse Spoorwegen, waardoor de naamloze vennootschapsvorm als rechtsvorm voor de Nederlandse Spoorwegen als onverminderd opportuun wordt gezien.¹⁹³ Met betrekking tot de positie van de overheid als aandeelhouder van de NV Nederlandse Spoorwegen stelt de minister van Financiën:

‘Binnen het systeem van vennootschappelijke verhoudingen is de directie van NS, onder toezicht van de raad van commissarissen, primair verantwoordelijk voor het formuleren en uitvoeren van een strategische visie ten aanzien van de onderneming.’¹⁹⁴

189 Zie Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen. Op p. 3 lezen we: ‘Vastgesteld kan worden dat die, achteraf gezien, niet steeds de kwaliteit hebben kunnen waarborgen die Staat, NS en klanten voor ogen hadden.’

190 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1 (Brief).

191 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1 (Brief).

192 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 16-17.

193 Zie Evaluatieverslag 2004 NV Nederlandse Spoorwegen, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

194 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1-2 (Brief).

De rol van de overheid verder relativerend stelt hij in 2005 nog dat slechts zeer grote investeringen die het karakter van de onderneming kunnen wijzigen vooraf expliciete goedkeuring van de aandeelhouder behoeven.¹⁹⁵

Ondanks de in beginsel grote zelfstandigheid van de NV Nederlandse Spoorwegen, heeft de overheid door haar aandeelhouderschap steeds een sterke invloed op de onderneming gehad.¹⁹⁶ Zo werd in 2001 het aandeelhouderschap aangewend om het ontslag van bestuurders en commissarissen te bewerkstelligen.¹⁹⁷ Daarbij is onder het huidige deelnemingenbeleid de tendens waar te nemen dat de rendementseis van de aandeelhouder ondergeschikt wordt gesteld aan het publiek belang. En hier wil de overheid zo nodig bij kunnen sturen in het beleid van de overheidsonderneming waarop volgens de Tweede Kamer niet vertrouwd kan worden om hierover autonoom te beslissen. Zo zei Kamerlid Eurlings (CDA) over deze kwestie:

‘De speculaties over de beursgang leidden tot verkeerde investeringsbeslissingen. Men moest meer rendement halen en er was minder aandacht voor de kwaliteit van de dienstverlening. Gelukkig is die weg na de motie van de heer De Hoop Scheffer uit 1998 verlaten.’¹⁹⁸

Hetzelfde geldt voor de autonomie van overheidsonderneming ProRail BV, waarover hieronder meer. Voor beide overheidsondernemingen geldt dat het te behartigen publieke belang voorrang heeft boven de rendementsdoelstelling.

Opdat de overheid de publieke taak behartiging door de NV Nederlandse Spoorwegen beter kan aansturen en de overheidsonderneming sneller kan worden aangesproken op onvoldoende inspanning, wordt de publieketaak-behartiging voor de NS ingevuld door het genoemde vervoersplan dat een uitwerking van de zorgplichten van de NV Nederlandse Spoorwegen bevat. De NV Nederlandse Spoorwegen heeft via de onderhands verleende concessie

195 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165 en 29 984, nr. 27, p. 1-2 (Brief).

196 Zo werden, en worden nog steeds, de commissarissen benoemd door de overheid als 100-procents aandeelhouder. De huidige regeling is neergelegd in de statuten van de NV Nederlandse Spoorwegen. Zie met betrekking tot het recht commissarissen te benoemen in het verleden R.W.J. Jansen, *Prestatie-onderzoek naar Nederlandse overheidsbedrijven. Casestudies naar de Staatsmijnen, de NV Nederlandse Spoorwegen en de Nederlandse Centrale organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek* (diss. Maastricht 1993), p. 148, onder verwijzing naar het destijds geldende huishoudelijk reglement van de raad van commissarissen.

197 Interessant is dat in het evaluatieverslag 2004, uitgebracht onder het ‘oude’ tot 2007 formeel geldende deelnemingenbeleid, de mogelijkheden van de aandeelhouders nadrukkelijk worden gerelativeerd: ‘Het opzeggen van het vertrouwen kwam niet direct voort uit bestaande (...) welomschreven aandeelhoudersrechten...’. Hoewel niet ontkend kon worden dat ‘...materieel het aandeelhouderschap [werd] gebruikt in het kader van het publieke belang.’

198 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 18 986, nr. 86, p. 2 (verslag algemeen overleg).

diverse zorgplichten, met betrekking tot de bereikbaarheid, betrouwbaarheid, kwaliteit, betaalbaarheid en (sociale) veiligheid.¹⁹⁹

3.4 ProRail BV versus NV Nederlandse Spoorwegen

Naast de NV Nederlandse Spoorwegen, welke onderneming verantwoordelijk is voor de exploitatie van het personenvervoer op het hoofdspoornet, is de overheidsonderneming ProRail BV verantwoordelijk voor het beheer en het onderhoud van het spoor.²⁰⁰ ProRail BV is voortgekomen uit de zogenaamde, aanvankelijk onder de NV Nederlandse Spoorwegen ressorterende 'taakorganisaties'.²⁰¹ Vanaf 1995 zijn deze – in lijn met hierboven besproken Europese regelgeving – belast met het beheer van het Nederlandse spoor.²⁰² De eigendom van het spoorwegnet ligt op dat moment nog bij de NV Nederlandse Spoorwegen. Rond 1 juli 2002 was de juridische eigendom volledig overgedragen aan Railinfratrust BV (RIT) waarvan alle aandelen in handen van de Staat zijn. De inmiddels van de NV Nederlandse Spoorwegen afgescheiden²⁰³ taakorganisaties Railinfrabeheer BV, Railned BV en Railverkeersleiding BV werden dochterondernemingen van Railinfratrust BV.²⁰⁴ Sinds 1 januari 2003 zijn deze dochtermaatschappijen gefuseerd, waarbij Railinfrabeheer BV (RIB) de verkrij-

199 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 39.

200 De aandelen van ProRail BV zijn in handen van de holding Railinfratrust BV (RIT), waarvan de Staat alle aandelen houdt. Railinfratrust BV gebruikt als handelsnaam Prorail. Zie A.J. Veenendaal, *Spoorwegen in Nederland van 1834 tot nu (2004)*, Amsterdam: Boom 2004, p. 541 e.v. over de achtergrond van het ontstaan van deze structuur.

201 Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Kluwer; Deventer 2005, p. 60.

202 Het betrof Railinfrabeheer, verantwoordelijk voor onderhoud en aanleg, Railned verantwoordelijk voor de verdeling van de capaciteit en de spoorwegveiligheid en NS verkeersleiding.

203 Richtlijn 1991/440 heeft in veel Europese lidstaten geleid tot de oprichting van nieuwe afzonderlijke rechtspersonen. Zie bijvoorbeeld DB Netz AG in Duitsland, Réseau Ferré France in Frankrijk en Railtrack in Groot-Brittannië. In sommige landen, zoals België, bleef het beheer van de infrastructuur echter in handen van de nationale spoorwegen middels een organisatorische en boekhoudkundige scheiding. Zie D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, J.A. van der Kolk, R.L. Latten en R. Leijenaar, 'Van Roodeschool naar Hoek van Holland: het spoorvervoer geliberaliseerd?', *TVR* 2002/1, p. 4.

204 Zie de mededeling conform art. 29 lid 3 Comptabiliteitswet door de minister van Verkeer en Waterstaat, mede namens de minister van Financiën van het voornemen van de Staat om het volledige aandelenpakket in de taakorganisaties Railned BV, NS Railinfrabeheer BV, NS Verkeersleiding BV en NS Railinfratrust BV over te nemen van de NV Nederlandse Spoorwegen. Uiteindelijk met het doel dat Railinfratrust wordt gepositioneerd als houdstermaatschappij, waarbij RailNed, Verkeersleiding en Railinfrabeheer dochterondernemingen vormen. Railinfratrust zou aanvankelijk de naam Railinframangement BV krijgen (RIM BV), maar uiteindelijk is gekozen om de dochterondernemingen te fuseren tot het huidige Prorail BV. Zie *Kamerstukken I/II* 2000/01, 27 465, nr. 53 en 1. Als handelsnaam voert moedermaatschappij Railinfratrust BV ook de naam ProRail.

gende vennootschap was. De naam werd gewijzigd in ProRail BV.²⁰⁵ De economische eigendom van het spoorwegnet is in handen van ProRail BV.

Alle aandelen van ProRail BV zijn aldus (indirect) in handen van de staat.²⁰⁶ Aanvankelijk bestond het idee om van de spoorwegbeheerder een zelfstandig bestuursorgaan te maken.²⁰⁷ Maar op grond van de verslechtering van de prestaties op het gebied van het spoorvervoer besluit de minister van Verkeer en Waterstaat zich te bezinnen op de voorgenomen veranderingen in de spoorsector.²⁰⁸ Naar aanleiding hiervan wordt overwogen dat een ingrijpende structuurwijziging niet wenselijk is en dat tussen de spoorbeheerder en de exploitant een gelijkwaardige relatie zou moeten ontstaan.²⁰⁹ Er vindt regelmatig overleg plaats tussen beide overheidsondernemingen.

Zoals hierboven reeds genoemd geldt dat ProRail ten aanzien van investeringsbeslissingen actief wordt aangestuurd door de overheid. Zo gold reeds in 2008 dat 'Investeringsbeslissingen in de infrastructuur (...) door de overheid [worden] genomen op basis van ondermeer voorstellen van ProRail. Het gaat daarbij om onderhoud, uitbreiding en systemsprongen (denk bijvoorbeeld aan een nieuwe generatie veiligheidssystemen). In 2001 bleek dat deze focus op herstructurering en vergroting van de efficiency ertoe geleid had dat er onvoldoende geïnvesteerd was in onderhoud van de infrastructuur en de spoorvoertuigen. Het ministerie van Verkeer en Waterstaat heeft in overleg met de sector een Herstelplan spoor (tot 2012) opgesteld om deze onderhoudsachterstand weg te werken.'²¹⁰

205 Op 1 juli 2002 zijn de aandelen van Railinfratrust BV (RIT) overgedragen aan de Staat. Daarmee is de NS niet langer eigenaar van de hoofdspoorweginfrastructuur. Hetzelfde geldt voor de eigendom van de taakorganisaties Railned, Railinfrabeheer en Verkeersleiding. Deze taakorganisaties werden dochterondernemingen van Railinfratrust BV, die vervolgens per 1 januari 2003 werden gefuseerd tot een nieuwe organisatie, met de naam ProRail, die de taken van Railned, Railinfrabeheer en Verkeersleiding over heeft genomen. ProRail is een BV, waarvan de aandelen via de holding Railinfratrust BV (RIT) in handen zijn van de Staat. Zie de brief van 9 december 2008 waar de minister van (destijds nog) Verkeer en Waterstaat in het kader van de beloning van het bestuur van ProRail en RIT – welke de zelfde samenstelling hebben – ingaat op deze structuur. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/12/09/20084154-variabele-beloning-bestuurders-rit-prorail.html>. Zie nader over de totstandkoming van ProRail BV de website www.prorail.nl.

206 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 28 156, nr. 1-2.

207 Zie de Memorie van Toelichting bij de Spoorwegwet, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 3, p. 2 (MvT).

208 Zie de op 7 september 2001 aan de voorzitter van de Vaste Commissie voor Verkeer en Waterstaat van de Tweede Kamer gestuurde – zogenaamde – herbeziningsbrief. Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2001/09/07/herbezinning-spoor.html>.

209 Zie de Evaluatie NV Nederlandse Spoorwegen 2004, als bijlage van *Kamerstukken II* 2004/05, 28 165, nr. 17 opgenomen.

210 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 355, p. 9.

Aansturing door de overheid vindt voor Prorail BV vergelijkbaar met de regeling voor de NV Nederlandse Spoorwegen plaats via voorwaarden verbonden aan de concessieverlening en een semipubliek instrument. Zoals de NV Nederlandse Spoorwegen een vervoersplan opstelt ter invulling van haar publieketaakbehartiging, zo stelt ProRail BV een beheerplan op.²¹¹ Prorail stelt jaarlijks een beheerplan op als beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur. Dit bevat de uitwerking van de in de beheerconcessie neergelegde voorschriften, zoals zorgplichten en te bereiken prestaties. De Spoorwegwet bevat nog geen grondslag voor de verplichting dit beheerplan op te stellen. Maar een wetsvoorstel beoogt een dergelijk grondslag in de wet op te nemen.²¹²

3.5 Tussenconclusie

De *casestudy* van NV Nederlandse Spoorwegen illustreert de succesvolle inzet van verschillende instrumenten teneinde sturing door de overheid van overheidsondernemingen te bewerkstelligen. Hoewel het instrument van vergunningverlening op zichzelf als instrument voor overheidsinvloed niet afdoende is omdat een eventuele intrekking van deze vergunning niet (licht) wordt ingezet, kunnen aan de concessie verbonden zorgplichten geconcretiseerd worden door semipubliekrechtelijke instrumenten als vervoers- en beheersplannen waarvan delen ter goedkeuring moeten worden overlegd aan de overheid en die indien de wetsvoorstellen daartoe worden doorgezet een wettelijke grondslag zullen hebben. De uitwerking van de zorgplichten vullen behalve de publieke taakbehartiging, mijns inziens ook het vennootschapsbelang van de betrokken overheidsonderneming in, zodat het in hoofdstuk 4 besproken vennootschapsrechtelijke instrumentarium zoals het verbod van doeloverschrijding, effectiever ingezet kan worden.

211 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 2-4.

212 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 666, nr. 3 (MvT Wijziging Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt <<Spoor in beweging>>), p. 2.

4 TENNET HOLDING BV EN TENNET TSO BV

Het landelijk netbeheer van het hoogspanningsnet in Nederland is in handen van TenneT TSO BV.²¹³ Deze overheidsonderneming, een dochter van TenneT Holding BV, staat in deze paragraaf centraal.

Hoewel de minister van Financiën de eerstverantwoordelijke bewindspersoon is voor TenneT, behoort de regulering van TenneT als onderdeel van het energiebeleid tot de verantwoordelijkheid van het ministerie van Economische Zaken. De *case study* van TenneT Holding BV toont aan welke gevolgen het ontbreken van een bevoegdheidsverdeling tussen deze twee ministeries – die beide op verschillende wijzen betrokken zijn bij de overheidsonderneming TenneT – meebrengt. In paragraaf 4.1 wordt de sectorspecifieke regulering voor het landelijk beheer van het elektriciteitsnetwerk besproken. In paragraaf 4.2 wordt de vennootschapsrechtelijke organisatiestructuur van TenneT besproken. In paragraaf 4.3 wordt een voorlopige conclusie gegeven ten aanzien van de overwegingen die in het algemeen voor de vormgeving van de overheidsonderneming een rol zouden kunnen spelen.

4.1 Wettelijk kader landelijk netbeheer

Algemeen

De elektriciteitssector is van groot maatschappelijk belang omdat deze essentieel is voor het moderne dagelijkse leven en het functioneren van andere sectoren.²¹⁴ Er wordt discussie gevoerd over de vraag in hoeverre marktwerking door liberalisering en privatisering wenselijk is voor de energiesector.²¹⁵

213 TenneT TSO BV heeft deze taak op grond van art. 10 e.v. Elektriciteitswet 1998. Hierna zal ik steeds wanneer ik op het gehele concern doel, spreken over TenneT. Slechts wanneer ik specifiek over de holding of de dochter spreek, zal ik deze aanduiden met respectievelijk TenneT Holding BV en TenneT TSO BV. Meer over de organisatiestructuur en de verdeling van activiteiten tussen de verschillende vennootschappen volgt in paragraaf 4.2.

214 Over het belang van infrastructuur voor de maatschappij en derhalve als publiek belang en de bijbehorende verantwoordelijkheid van de overheid zie K. van der Bruggen, 'Critical infrastructures and responsibility: A conceptual exploration', *Safety Science* 2008/46, p. 1137-1148.

215 Zo is de luchthaven Schiphol die zelf een publiek belang vertegenwoordigt, op haar beurt vanwege de benodigde elektriciteit weer sterk afhankelijk van energiebedrijven en netbeheerders. Schiphol was één van de grootste klanten van de eerste energieleverancier in Nederland die ooit failliet ging, EnergyXS. Het was de eerste keer sinds het (gedeeltelijk) vrijmaken van de energiemarkt dat een leverancier failliet is gegaan. Deze ongelukkige casus geeft aan wat marktwerking met een onderneming kan doen: de mogelijkheden voor een snelle groei gaan hand in hand met risico's op een snelle teloorgang. Zie over de oorzaken van het faillissement en de afwikkeling nader het interview met de curatoren en de accountant in het faillissement van EnergyXS door J. Diamant en F.J.L. Kaptein, 'De stroom loopt gewoon door', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/11.

Hoewel de gehele energiesector van publiek belang is, verschilt de benadering van de overheid voor wat betreft de mate van liberalisering en privatisering voor het netbeheer en voor de elektriciteitsproductie- en leveringsbedrijven.²¹⁶ Er wordt nu middels regelgeving een splitsing geëist tussen de activiteiten ten behoeve van enerzijds het landelijk netbeheer (fysieke levering) en anderzijds de activiteiten ten behoeve van productie en levering van elektriciteit (contractuele levering): 'Productie, handel en verkoop van energie zijn commerciële activiteiten geworden, terwijl het beheer van de netten meer in dienst van de marktwerking is komen staan.'²¹⁷ Voor het onderzoek naar de juridische inrichting van TenneT TSO BV ligt de nadruk op de laatstgenoemde activiteiten die plaatsvinden in het kader van de wettelijk gereguleerde taak van TenneT TSO BV als beheerder van het landelijk hoogspanningsnetwerk.

Liberalisering van de Nederlandse energiesector door Europese en Nederlandse regelgeving

TenneT opereert binnen een juridisch kader geschapen door zowel Europees-rechtelijke als nationaalrechtelijke regelgeving.²¹⁸ Dit kader wordt hieronder besproken met enkele opmerkingen over de historie van de energiesector in Nederland.

Tot de jaren tachtig van de vorige eeuw was de Nederlandse energievoorziening voornamelijk in handen van gemeentelijke energiebedrijven (GEB's).²¹⁹ Door fusies ontstonden er in de loop van de tijd provinciale en regionale energiebedrijven, die vervolgens ook weer zijn gefuseerd. In 1949 verenigden de regionale energiebedrijven zich voor productie en netbeheer in de Samenwerkende elektriciteits-productiebedrijven, afgekort Sep. De Sep is voor wat betreft het netbeheer te beschouwen als de voorloper van TenneT. Deze elektriciteitsproductiebedrijven hadden een geïntegreerde structuur waarbij zowel het netbeheer als de productie en de levering van energie door deze geïntegreerde bedrijven geschiedde. Het op liberalisering gerichte energiebeleid heeft tot wijzigingen geleid in deze traditionele structuur. Het werd wenselijk geacht een splitsing te bewerkstelligen tussen het netbeheer en de levering van energie waardoor een vrije markt voor energieleveranciers zou moeten ontstaan. De splitsing tussen het noodzakelijk monopolie op het landelijk netbeheer en contractuele leveringen die niet gemonopoliseerd hoeven te zijn, zou welvaart-

216 Ik doel hier op de elektriciteits- en gasector, maar ik zal hoofdzakelijk de regulering van de elektriciteitssector bespreken, voor zover relevant voor de overheidsonderneming TenneT TSO BV.

217 Zie het verslag van Nederlandse brancheorganisaties in de energiesector 'Energie in Nederland 2011', p. 4, te raadplegen via <http://www.energie-nederland.nl/wp-content/uploads/2011/08/Energie-in-Nederland-2011.pdf>.

218 Zie nader H.P.A. Knops, *A Functional Legal Design for Reliable Electricity Supply* (diss. Delft), Antwerpen: Intersentia 2008.

219 Zie voor een overzicht van de historie van TenneT de website www.tennet.org, onder het kopje 'historie'.

bevorderend moeten zijn. Dit is echter niet onbetwist.²²⁰ Daarbij blijven mijns inziens argumenten met betrekking tot het strategische belang van de energie-sector voor Nederland te zeer op de achtergrond.²²¹

Deze liberalisering vond mede als gevolg van Europese regelgeving plaats. Drie pakketten van energiemaatregelen zijn ingevoerd om een interne energiemarkt te bevorderen.²²² Het laatste pakket is vanaf maart 2011 van toepassing. Een van de speerpunten van dit pakket is de reeds genoemde splitsing tussen netbeheeractiviteiten en leveringsactiviteiten.²²³ De Elektriciteitswet 1998²²⁴ is mede op basis van deze Europese regelgeving gevormd.²²⁵ De wijzigingswet naar aanleiding van het derde energiepakket is in werking getreden op

220 Voor argumenten tegen splitsing zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Koster en C. van der Weijden, 'Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector', *Energy Policy* 2007/35, p. 1785-1794 en M. de Nooij en B. Baarsma, 'Divorce comes at a price: An ex ante welfare analysis of ownership Unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector', *Energy Policy* 2009/ 37, p. 5449-5458.

221 Zie voor een overzicht met betrekking tot de gevolgen voor gemeenten en provincies van de splitsing van energiebedrijven nader M.M. Roggenkamp, 'Splitsing energiebedrijven en de gevolgen voor gemeenten en provincies', *Gst.* 2006, nr. 100.

222 Het eerste energiepakket gevormd door Richtlijn 96/62/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1996, L 027/20, was het begin van de liberalisatie van de energiemarkt op 19 december 1996. Het tweede energiepakket werd ingevoerd in 2003 en bestond uit Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *PbEG* 2003, L 016/75. Het derde energiepakket bestaat uit Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.

223 Zie A. de Hauteclocque en V. Rioux, 'Reconsidering the European regulation of merchant transmission investment in light of the third energy package: The role of dominant generators', *Energy Policy* 2011/39, p. 7068-7077.

224 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

225 De bovengenoemde richtlijnen van de eerste twee energiepakketten zijn ingetrokken. Thans gelden de volgende Europese maatregelen voor de energiesector: Verordening (EG) Nr. 714/2009 (13 juli 2009) betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003 (*Pb EU* 2009, L 211), Verordening (EG) Nr. 713/2009 van 13 juli 2009 tot oprichting van een agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER-Verordening) (*Pb EU* 2009, L 211) en Richtlijn nr. 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (*Pb EU* 2009, L 211). Zie nader de website van de Europese Commissie http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/legislation_en.htm en.

20 juli 2012.²²⁶ De Elektriciteitswet 1998 en de Wet onafhankelijk net-beheer²²⁷ vormen het voor TenneT TSO BV relevante juridische kader.

Concurrerende publieke belangen

Voor de taak van TenneT TSO BV zijn verschillende publieke belangen bepalend. In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen²²⁸ wordt met betrekking tot de taak van TenneT het volgende gesteld:

‘Het publieke belang van TenneT is gelegen in de borging van de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening. TenneT is aangewezen als beheerder van het landelijk transportnet en heeft daardoor een belangrijke rol in het bewaken van de continuïteit en leveringszekerheid van de Nederlandse elektriciteitsvoorziening. Daartoe bouwt en beheert TenneT infrastructuur van het landelijk transportnet vanaf 110 kV, alsmede de landsgrensoverschrijdende verbindingen. Specifieke publieke belangen die zijn gemoeid met TenneT als beheerder van het landelijk transportnet zijn:

- continuïteit, betrouwbaarheid en kwaliteit van het elektriciteitsnet (leveringszekerheid);
- eerlijke mededinging: non-discriminatoire toegang tot het elektriciteitsnet;
- onafhankelijk en transparant: TenneT is onafhankelijk van productie, handel en levering van elektriciteit;
- bijdrage aan de versterking en de doelmatigheid van de elektriciteitsmarkt in Nederland en Europa.’

Met betrekking tot de borging van het publieke belang wordt gesteld dat dit wordt geborgd door zowel de Elektriciteitswet 1998, als door publiek aandeelhouderschap.²²⁹

Volgens de Memorie van Toelichting bij een wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ‘[kan] de goede marktwerking (...) alleen ontstaan als sprake is van een heldere regulering van tarieven en voorwaarden voor nettoegang zonder dat bepaalde marktpartijen worden benadeeld of misbruik wordt gemaakt van economische machtsposities. Ook de tarieven voor beschermde afnemers, die nog niet de vrijheid hebben om zelf een leverancier te kiezen, moeten worden vastgesteld om hen te beschermen tegen te hoge prijzen, die leveranciers zouden kunnen vaststellen als zij als monopolist optreden. Het doel van de regulering is voorts om de doelmatigheid bij de netbeheerders en vergunning-

226 Zie Wet van 12-7-2012, *Stb.* 2012, 334, *Kamerstukken* 32 814) en Inwerkingtredingsbesluit van 12-7-2012, *Stb.* 2012, 336.

227 Zie *Stb.* 2006, 614.

228 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

229 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

houders zodanig te bevorderen dat uiteindelijk alle bedrijven naar een vergelijkbaar, zo laag mogelijk tarievenniveau toegroeien.²³⁰

TenneT moet hoofdzakelijk voorzien in continuïteit van de energievoorziening en bijdragen aan het concurrentievermogen van het Europese bedrijfsleven.²³¹ Er is in de netwerksector sprake van een spanningsveld tussen in het bijzonder deze twee concurrerende publieke belangen, namelijk het belang van vrije marktwerking enerzijds en het belang van de zogenaamde voorzieningszekerheid anderzijds. De noodzaak voor sectorspecifieke regulering van het netbeheer komt in de eerste plaats voort uit de wens marktfalen – door het natuurlijke monopolie op het landelijk netbeheer waardoor geen vrije marktwerking plaatsvindt – tegen te gaan.

Er is sprake van een natuurlijk monopolie in de elektriciteitssector voor *wat betreft de infrastructuur*.²³² Voor het netbeheer bestaat een natuurlijk monopolie doordat de levering van elektriciteit noodzakelijkerwijs moet geschieden via een infrastructuur die vanuit economisch oogpunt geen concurrerende netwerken kent.²³³ Vanwege het natuurlijk monopolie, zouden prijsdrukkende effecten en andere voordelen van concurrentie, zonder nadere regulering ontbreken voor wat betreft de dienstlevering via het netwerk. Om de heilzame effecten van mededinging te bewerkstelligen is concurrentie gewenst, maar deze kan niet worden bereikt via de generieke instrumenten van het mededingingsrecht. Vanwege de ontbrekende disciplinerende werking van de vrije markt, wordt sectorspecifieke regulering als de aangewezen weg gezien om een goede marktwerking te bevorderen.²³⁴

Het mededingingstoezicht is op grond van de artikelen 5 tot en met 7a Elektriciteitswet 1998 in handen van de Autoriteit Consument en Markt. De overheid mag geen instructies geven ten aanzien van een individuele zaak.²³⁵ Toch

230 Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 303, nr. 3, p. 2 (MvT).

231 Zie overweging 4 Energierichtlijn Richtlijn 96/62/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEG* 1996, L 027/20.

232 Zie R. Baldwin en M. Cave, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, p. 443 voor de definitie van een natuurlijk monopolie. Voor wat betreft de levering van elektriciteit via het netwerk bestaat echter geen natuurlijk monopolie.

233 Elektriciteit moet worden geleverd via een infrastructuur. Er zijn hoge kosten verbonden aan het aanleggen van een dergelijke infrastructuur en het is voor de samenleving als geheel vanuit economisch oogpunt niet efficiënt meerdere infrastructuren aan te leggen.

234 Zie K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 114-118.

235 Dit gold op basis van art. 6 Elektriciteitswet 1998 dat zich richtte tot de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Dit artikel is per 1 april 2013 vervallen met de instelling van de Autoriteit Consument en Markt. Op grond van art. 9 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt geldt eenzelfde verbod, *Stb.* 2013, 102.

moet dit publiekrechtelijke toezicht worden gekoppeld aan de overheidssturing in TenneT TSO BV, opdat de specifieke overheidssturing de doelen van het mededingingstoezicht niet ondermijnt. Andersom lijkt het in de rede te liggen dat de mededingingsautoriteit rekening houdt met de sectorspecifieke sturing die via zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke instrumenten kan plaatsvinden.

Op grond van de hierboven genoemde Europese regelgeving heeft lange tijd de nadruk gelegen op liberalisering en toepassing van marktwerking in de energiemarkt. Ondanks het behalen van de beoogde effecten, zoals een toegenomen keuzevrijheid voor afnemers, een sterkere klantgerichtheid van leveranciers en een verhoogde efficiëntie in de sector, werkt de energiemarkt echter nog niet optimaal. Er heeft bovendien een verschuiving in prioriteiten plaatsgevonden in het energiebeleid. Zo wordt in de Memorie van Toelichting terecht geconstateerd dat

‘in de afgelopen jaren de maatschappelijke en politieke context van de energiesector [is] veranderd. Het accent in het beleidsdenken over de sector is geleidelijk aan verschoven in de richting van voorzieningszekerheid en duurzaamheid.’²³⁶

Zo behandelt het Energierapport 2008²³⁷ de vraag hoe zorg te dragen voor een betrouwbare, betaalbare en schone energievoorziening.²³⁸ De verschillende concurrerende publieke belangen bemoeilijken het stroomlijnen van het energiebeleid. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.2.2.

Taken en activiteiten TenneT

De elektriciteitsmarkt is zoals besproken verdeeld in een enerzijds geliberaliseerde sector voor de productie, levering en transport van elektriciteit en anderzijds een niet-geliberaliseerde sector voor de netwerkdiensten van elektriciteit. De niet-geliberaliseerde taken worden uitgevoerd door dochterondernemingen van TenneT Holding BV.²³⁹ TenneT Holding BV voert via andere

236 Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 094, nr. 3, p. 1 (MvT).

237 Zie het Energierapport 2008 dat in juni 2008 aan de Tweede Kamer is aangeboden, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 510. Het Energierapport bouwt voort op en geeft invulling aan het Werkprogramma Schoon & Zuinig (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 209, nr. 1) en de beleidsbrief Energievoorzieningszekerheid en buitenlands beleid (*Kamerstukken II 2005/06*, 29 023, nr. 26). De voorzieningszekerheid en duurzaamheid kennen niet alleen economische en ecologische aspecten, maar hebben bovendien geopolitiekstrategische dimensies. Deze aspecten vormen in belangrijke mate het uitgangspunt van het Energierapport 2008.

238 Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 094, nr. 3, p. 1 (MvT).

239 Naast het in dit onderzoek centraal staande TenneT TSO BV, bestaat er bijvoorbeeld de dochteronderneming CertiQ BV, dat zich richt op de uitgifte en registratie van duurzaam opgewekte elektriciteit. In Duitsland worden taken uitgevoerd door TenneT TSO GmbH en TenneT Offshore GmbH.

dochterondernemingen echter ook geliberaliseerde, taken uit.²⁴⁰ De Elektriciteitswet 1998 wijst TenneT aan als de onafhankelijke beheerder voor het landelijk transportnet voor het elektriciteitsverkeer in Nederland. Vanaf december 2003 heeft TenneT verschillende regionale netbeheerders overgenomen, om uiteindelijk het volledige beheer en eigendom van de 110 en 150 kV-netten over te nemen van de regionale netbedrijven.²⁴¹

TenneT heeft op basis van artikel 16 Elektriciteitswet 1998 de taak om de integriteit van de netten te handhaven en de leveringszekerheid te borgen. TenneT doet dit door een balans te bewerkstellingen tussen de vraag en het aanbod naar energie, middels een systeem dat programmaverantwoordelijkheid wordt genoemd.

Voor de contractuele leveringen van energie wordt concurrentie beoogd, maar het netbeheer voor het transport en de fysieke leveringen van elektriciteit waarvoor TenneT verantwoordelijk is, is zoals eerder genoemd een natuurlijk en wettelijk monopolie.²⁴² Met de Wet Onafhankelijk Netbeheer wordt de splitsing geëist tussen de activiteiten ten aanzien van het netbeheer die een natuurlijk monopolie vormen en de contractuele leveringsactiviteiten. Dit betekent het einde van 'de gangbare groepsstructuren waarbij een topholding de aandelen houdt van, en de leiding heeft over, het netwerkbedrijf, het productiebedrijf en het leveringsbedrijf niet langer zijn toegestaan'.²⁴³

De splitsing moet worden bewerkstelligd door het zogenaamde groepsverbod van artikel 10b Elektriciteitswet 1998 en het zogenaamde verbod op nevenactiviteiten bedoeld in artikel 17 Elektriciteitswet 1998. Op grond van het groepsverbod mag het beheer van het elektriciteitsnet en de productie, levering en handel van elektriciteit niet in één groep verbonden zijn. De netbeheerder mag op grond van het verbod op nevenactiviteiten geen activiteiten verrichten die ten koste gaan van het netbeheer. Momenteel ligt de vraag

240 Een voorbeeld van dergelijke dochterondernemingen zijn NOVEC BV en Relined BV, die zich bezighouden met de exploitatie van infrastructuren.

241 Als eerste werd het Transportnet Zuid-Holland (TZH) overgenomen die het 150 kV-net in Zuid-Holland beheerde en in eigendom had. Zie www.tennet.org.

242 Zie J. Diamant en F.J.L. Kaptein, 'De stroom loopt gewoon door', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/11.

243 Zie nader H.A. van der Weijden en J.M.T. Feld, 'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven', *Bb* 2012/13. Ondanks de voor- en nadelen van splitsing is Pollitt positief zie nader M.G. Pollitt, 'Ownership Unbundling of Energy Networks', *Intereconomics* 2007, p. 292-296. Voor pleidooien tegen splitsing zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Kosterb en C. van der Weijden, 'Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector', *Energy Policy* 2007/35, p. 1785-1794 en M. de Nooij en B. Baarsma, 'Divorce comes at a price: An ex ante welfare analysis of ownership Unbundling of the distribution and commercial companies in the Dutch energy sector', *Energy Policy* 2009/ 37, p. 5449-5458.

bij de Hoge Raad of de wetgeving met betrekking tot de splitsing al dan niet buiten toepassing moet worden gelaten vanwege strijd met de vrijverkeerregels.²⁴⁴

De overheidssturing in TenneT

De elektriciteitssector heeft een sectorspecifieke toezichthouder, te weten de Energiekamer.²⁴⁵ De overheid draagt politieke verantwoordelijkheid voor publieke taken. Ook wanneer deze op afstand zijn gezet. De overheid tracht via het publieke aandeelhouderschap in TenneT een beleidsbepalende invloed uit te oefenen. Het uitoefenen van invloed door de overheid kan middels het meerderheidsaandeelhouderschap zowel *ex ante* in de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders als *ex post* door bijvoorbeeld de controle via de enquêteprocedure geschieden. In de volgende paragraaf ga ik verder in op het vennootschappelijk kader zoals dat bestaat voor TenneT, onder andere op basis van de statutaire bepalingen die mede bepalend zijn voor het publieke aandeelhouderschap. Het publieke aandeelhouderschap in TenneT wordt verder nader gespecificeerd in een convenant tussen de Staat en TenneT waarin een aantal afspraken is vastgelegd met betrekking tot de wijze waarop de Staat zich zal opstellen indien deze een voorstel wil doen voor statutenwijziging, fusie of splitsing of ontbinding en de informatieverstrekking door en het overleg met TenneT.²⁴⁶

Hieronder ga ik nader in op de bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 die relevant zijn voor de overheidssturing.²⁴⁷

Elektriciteitswet 1998

Door de Elektriciteitswet 1998²⁴⁸ wordt niet alleen de onafhankelijkheid van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet ten opzichte van produ-

244 Zie nader H.A. van der Weijden en J.M.T. Feld, 'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven', *Bb* 2012/13.

245 Dit is de voormalige Directie Toezicht Energie of te wel de Dienst Uitvoering Toezicht en Energie (DTe). De laatste naamswijziging heeft mede plaatsgevonden om duidelijk te maken dat de toezichthouder als onderdeel binnen de Nederlandse Mededingingsautoriteit functioneerde. Zie http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/2008/08_13_vernieuwingen_binnen_nederlandse_mededingingsautoriteit_nma.aspx. Deze toezichthouder werkt samen met andere toezichthouders, onder andere via de Europese Energietoezichthouder ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) dat een Europees agentschap ten behoeve van de samenwerking van nationale toezichthouders is. Zie <http://www.acer.europa.eu/Pages/ACER.aspx>. De Energiekamer maakt vanwege de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, deel uit van deze organisatie.

246 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

247 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

248 Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit, *Stb.* 1998, 427.

centen en leveranciers geregeld, maar heeft de overheid tevens zeggenschap in de aanwijzing van de met de door de Elektriciteitswet 1998 belaste landelijke netbeheerder.²⁴⁹

Per 2001 is TenneT TSO BV de door de Staat op grond van de Elektriciteitswet 1998 aangewezen onafhankelijke beheerder van het landelijk transportnet.²⁵⁰ Op grond van artikel 10 lid 2 Elektriciteitswet 1998 kan alleen een naamloze of besloten vennootschap als beheerder worden aangewezen. Bovendien beschikt de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet²⁵¹ op grond van artikel 10a lid 4 Elektriciteitswet 1998 over de eigendom van het landelijk hoogspanningsnet. Volgens artikel 93a Elektriciteitswet 1998 moeten de aandelen van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet steeds direct of indirect bij de Staat berusten. Bovendien worden eisen gesteld aan de uit te voeren taak en de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de doelomschrijving.²⁵² Op grond van artikel 5a Elektriciteitswet 1998 kan de Autoriteit Consument en Markt zelfs bindende aanwijzingen geven 'in verband met de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 714/2009 en verordening 713/2009.'

Ook de minister van Economische zaken heeft op grond van deze wet enkele vergaande bevoegdheden ten aanzien van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Hierbij valt te denken aan het in artikel 4a Elektriciteitswet 1998 neergelegde informatierecht en de in artikel 11a lid 2 Elektriciteitswet 1998 neergelegde goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van een statutenwijziging.

Met betrekking tot de inrichting van de statuten van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet worden weliswaar onder andere in artikel 11a Elektriciteitswet 1998 enkele eisen gesteld, maar deze hebben in zeer beperkte mate betrekking op het specifiek te behartigen publieke belang. Het betreft onder andere de eis dat de landelijk netbeheerder wordt ingericht als een structuurvennootschap (11a lid 1 Elektriciteitswet 1998) en de eis dat – wanneer sprake is van een afhankelijke maatschappij in de zin van de structurrege-

249 Het betreft netwerkbeheerders van regionale netwerken, maar tevens de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Zie voor de onafhankelijkheid met name art. 10b Elektriciteitswet 1998.

250 Op grond van art. 1 onder k Elektriciteitswet 1998 is een netbeheerder, een vennootschap die op grond van art. 10, 13 of 14 is aangewezen voor het beheer van een of meer netten. Art. 10 lid 1 Elektriciteitswet 1998 stelt ten aanzien van het landelijk netwerk: 'Het landelijk hoogspanningsnet omvat de netten die bestemd zijn voor transport van elektriciteit op een spanningsniveau van 110 kV of hoger en die als zodanig worden bedreven en landsgrensoverschrijdende netten met wisselstroom'.

251 De netbeheerder of een tot de groep als bedoeld in art. 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waarvan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet deel uitmaakt behorende vennootschap.

252 Zie respectievelijk art. 16 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 17 lid 2 Elektriciteitswet 1998.

ling – de instelling van een raad van commissarissen verplicht is.²⁵³ Op grond van het tweede lid van artikel 11a Elektriciteitswet 1998 beschikt de minister van Economische Zaken over het recht een statutenwijziging af te keuren, maar alleen voorzover is afgeweken van dit artikel, dat wil zeggen voorzover de structuurregeling niet van toepassing is verklaard. Op de inrichting van de statuten kom ik in de volgende paragraaf nader te spreken.

4.2 Vennootschapsrechtelijk kader TenneT Holding BV

Vennootschapsrechtelijke structuur TenneT

De vennootschap valt op grond van artikel 11a lid 1 Elektriciteitswet 1998 verplicht onder het (verlicht) structuurregime. Er zijn in beginsel geen bijzondere aandeelhoudersrechten.²⁵⁴ Vanwege de wens het landelijk hoogspanningsnetbeheer te controleren, is de Staat expliciet gemachtigd aandelen te verwerven in TenneT BV.²⁵⁵ Op 25 oktober 2001 is het voorheen in private handen gehouden TenneT BV genationaliseerd en heeft de staat 100% van de aandelen in TenneT BV verworven.²⁵⁶ De Nederlandse Staat houdt via het ministerie van Financiën aandelen in TenneT BV.²⁵⁷

TenneT Holding BV is opgericht om een transparante scheiding aan te brengen tussen gereguleerde taken en niet gereguleerde taken.²⁵⁸ TenneT Transmission System Operator (TSO) BV is een dochtermaatschappij van TenneT Holding BV en is aangewezen als beheerder van het landelijk transport netwerk.

253 Waarbij deze raad van commissarissen goedkeuring die de verlenen aan wezenlijke door het bestuur te nemen besluiten, zoals genoemd in art. 164 respectievelijk 274 BW (art. 11a lid 5 en 6 Elektriciteitswet 1998).

254 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

255 Op 19 december 2000 is de «Overgangswet Elektriciteitsproductiesector» goedgekeurd door de Eerste Kamer (Staatsblad 2000, nummer 607). Een belangrijk onderdeel van deze wet is dat de Staat gemachtigd is de aandelen te verwerven in de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet TenneT BV. Zie Regels met betrekking tot het beëindigen van de overeenkomst van samenwerking van de elektriciteitsproductiesector en tot het aandeelhouderschap van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (Overgangswet elektriciteitsproductiesector), *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 1.

256 Zie de brief van de minister van Economische Zaken van 25 oktober 2001, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 250, nr. 51, p. 2 (brief).

257 Zie <http://www.tennet.org/tennet/organisatie/holding/index.aspx>.

258 Zie Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II* 2011/12, 28 165, nr. 131, p. 47.

4.2.1 Statutaire bepalingen TenneT Holding BV en TenneT TSO BV

In de holding kan op grond van artikel 4 lid 1 van de statuten slechts de Staat der Nederlanden aandeelhouder zijn.²⁵⁹ Deze bepaling is opgenomen omdat het onwenselijk werd geacht vanwege de publieke taken – waaronder de nieuwe taak het bevorderen van de milieukwaliteit van de elektriciteitsvoorziening – dat de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet zonder een dergelijke beperking zou kunnen worden geprivatiseerd.²⁶⁰ Mijns inziens is bij een onderneming met dergelijke grote strategische belangen vormgeving van overheidsinvloed via aandeelhouderschap steeds noodzakelijk. Sanctioneerende van niet-nakoming van verbintenisrechtelijke overeenkomsten zal immers in beginsel achteraf plaatsvinden, terwijl sturing vooraf minder goed mogelijk is. Mutatis mutandis kan hetzelfde gezegd worden van sectorspecifiekeregulering van publieke belangen. Handhaving hiervan vindt in beginsel ook achteraf plaats waardoor ook hier mijns inziens overheidsaandeelhouderschap voordelen biedt.

Decentrale overheden kunnen dus expliciet geen aandeelhouder in TenneT Holding BV zijn. De reden hiervoor wordt in de toelichting niet gegeven.²⁶¹ Weliswaar wordt aldus voorkomen dat problemen ontstaan wanneer er bij decentrale overheden, andere belangen spelen, zoals besproken in de *casestudy* Schiphol. Maar de keuze hiervoor is vanwege de mogelijke inbreng van de regionale overheden die een grote rol spelen als aandeelhouders binnen de regionale netbeheerders, minder logisch.

Benoeming en schorsing bestuurders

Interessant is dat de benoeming van de bestuurders bij TenneT Holding BV conform artikel 2:272 BW door de raad van commissarissen geschiedt. Bij dochter TenneT TSO worden de bestuurders rechtstreeks door de aandeelhouder, TenneT Holding, benoemd.²⁶² De afstand met betrekking tot de benoeming en schorsing van de bestuurders tot de aandeelhouder, in deze de Staat, wordt op deze wijze wel groot. Hoewel een raad van commissarissen bij de dochter ontbreekt, is op grond van artikel 23 lid 5 van de statuten het

259 Dit kan zowel rechtstreeks als indirect via een vennootschap waarin slechts de staat op grond van de desbetreffende statuten middellijk of onmiddellijk honderd procent aandeelhouder is. Zie de statuten van TenneT Holding BV, zoals deze gelden per 19 september 2007. Deze verplichting komt voort uit de in art. 93a Elektriciteitswet 1998 neergelegde plicht.

260 Zie het amendement van het lid Kortenhorst, *Kamerstukken II* 20002/03, 28 165, nr. 13, p. 1-2 (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie).

261 Zie *Kamerstukken II* 20002/03, 28 665, nr. 13, p. 2 (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie).

262 Zie art. 20 statuten TenneT TSO BV, zoals deze gelden per 19 september 2007, volgens het uittreksel van het handelsregister zoals laatst beschikbaar op 3 april 2013.

bestuur van de dochter wel steeds gehouden toestemming te vragen aan de raad van commissarissen van de holding voor aldaar genoemde besluiten.²⁶³ De desbetreffende besluiten reppen echter niet over enig publiek belang, maar zien voornamelijk op financiële criteria zoals het aangaan van grote deelnemingen of investeringen.

De commissarissen bij TenneT Holding BV worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen.²⁶⁴ Zowel de aandeelhoudersvergadering als de ondernemingsraad kunnen personen aanbevelen voor deze voordracht.²⁶⁵ Het voornemen tot benoeming van een zodanige commissaris behoeft de instemming van de minister van Economische Zaken.²⁶⁶ Ook hier rijst de vraag wat rechtens is indien deze minister niet instemt. Het is de vraag of een dergelijk besluit wanneer het wordt genomen nietig dan wel vernietigbaar wegens strijd met de statuten. Vennootschapsrechtelijk gezien zou dit mijns inziens inderdaad het geval moeten zijn.

4.2.2 *Vennootschapsbelang versus publiek belang: de gewenste coördinatie tussen de verschillende publieke aandeelhouders*

De invulling van het publieke aandeelhouderschap

Toenmalig minister Van der Hoeven heeft een commissie (de commissie 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven')²⁶⁷ gevraagd om aanbevelingen te doen voor de invulling van het publieke aandeelhouderschap 'om de publieke aandeelhouders van energiebedrijven bij te staan bij het maken van keuzen en het nemen van beslissingen over hun aandeelhouderschap in zowel het netwerkbedrijf als in het productie- en leveringsbedrijf'.²⁶⁸ In mei 2011 is de discussie met betrekking tot het aandeelhouderschap afgesloten met een notitie van de stuurgroep 'Visie netbeheer'. De nadruk in deze notitie ligt echter sterk op het aandeelhouderschap in regionale energiebedrijven.²⁶⁹

263 Per abuis wordt in art. 24 lid 2 verwezen naar de raad van commissarissen, welk orgaan echter niet bestaat. Waarschijnlijk moet hier de raad van commissarissen van de holding worden gelezen.

264 Zie art. 26 lid 4 statuten TenneT Holding BV geldend per 19 september 2007.

265 In art. 11a lid 3 Elektriciteitswet 1998 wordt de onafhankelijkheid ten opzichte van elektriciteitsproducenten vastgelegd.

266 Zie art. 11a lid 4 Elektriciteitswet 1998.

267 Zie de brief van de minister van 26 juni 2008 aan de Tweede Kamer.

268 Zie het rapport 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven', onder leiding van A.W. Kist van 26 juni 2008 en de kabinetsreactie bij de brief van 3 oktober 2008. Zie voor een korte uiteenzetting van het rapport en de reactie van het kabinet, J.M.T. Feld, 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven: rapport Commissie Kist', *Bb* 2008, nr. 71. De conclusies in het rapport van deze commissie onderleiding van Kist zijn echter niet integraal overgenomen.

269 Zie *Bevindingen van de stuurgroep visie netbeheer*, 'Professioneel aandeelhouderschap: nu en straks', 2 maart 2011.

Het vennootschapsbelang is veel ruimer geformuleerd dan de meest relevante publieke belangen voor de elektriciteitssector

Wat betreft de vennootschapsrechtelijke invulling van het publieke aandeelhouderschap zijn in beginsel de statuten bepalend. In artikel 2 van de statuten van TenneT Holding BV is de standaard ruime doelstelling voor een holding opgenomen. Tot het doel van de vennootschap behoort derhalve 'het rechtstreeks of middellijk deelnemen in het beheer voeren over andere ondernemingen'. Het in lid 1 van dit artikel omschreven doel van de daar bedoelde andere ondernemingen *kan* vervolgens op grond van lid 2 omvatten 'het verzorgen van het transport en de dispatch van elektrische energie, de aanleg, de exploitatie, het beheer en/ of het onderhoud van netten die bestemd zijn voor transport van elektriciteit en het leveren van systeemdiensten'.

Deze doelstelling sluit weliswaar aan bij artikel 16 lid 1 en 2 Elektriciteitswet 1998, maar blijft vrij algemeen. En door de toevoeging: 'of een doel dat soortgelijk is of daaraan verwant is', wordt deze nog veel ruimer. Ondanks de in artikel 17a lid 2 Elektriciteitswet 1998 opgenomen bepaling – dat indien de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet onderdeel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW, het deze groep niet is toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het landelijk hoogspanningsnet, lijkt een adequate behartiging van het specifieke publiek belang via de hier geformuleerde brede onbepaalde doelstelling mijns inziens niet afdoende mogelijk.

De doelstelling van TenneT is bovendien niet beperkt tot de Nederlandse markt. Interessant in deze is de toevoeging in het tweede lid sub b in de doelomschrijving. Hier wordt gesproken over de aanleg, exploitatie en het beheer van netten, waaronder *landgrensoverschrijdende* verbindingen. Dit zal geen verbazing oproepen gezien de in artikel 5 van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen wens om nationale markten op één of meer punten geografisch te integreren en samenwerking tussen de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en buitenlandse instellingen aan te moedigen. Zolang echter niet duidelijk is hoe de verschillende nationale belangen zich verhouden ten opzichte van elkaar en ten opzichte van het Europees belang, is het maken van een goede afweging lastig.

Het leveren van systeemdiensten en andere diensten wordt overigens wèl beperkt tot de Nederlandse elektriciteitsvoorziening ingevolge artikel 2 lid 2 sub c van de statuten van TenneT Holding BV.

Naast het obligatoire (indirecte) staatsaandeelhouderschap is een andere impliciete indicatie voor het grote belang dat wordt gehecht aan de taak van TenneT TSO te vinden in artikel 34 lid 4 van de statuten. Op grond van dit artikel is wijziging van de statuten slechts mogelijk nadat aan een dergelijke

wijziging door de minister van Economische Zaken goedkeuring is verleend. Een zelfde bepaling is opgenomen in de statuten van de TenneT Holding BV.²⁷⁰ Overigens is gekozen voor een ruimere bevoegdheid voor de minister van Economische Zaken dan wettelijk vereist. Op grond van de wet is zoals hierboven besproken slechts de goedkeuring van de minister van Economische Zaken vereist in geval van een statutaire wijziging van het doel of het verlaten van het structuurregime.²⁷¹

Gedeelde verantwoordelijkheid beleidsbepaling elektriciteitssector

Interessant is de vraag hoe de verhouding tussen het ministerie van Financiën en het ministerie van Economische Zaken zal zijn in geval afwijkende gedachten omtrent het te volgen beleid met betrekking tot de overheidsonderneming bestaan.

Het algemene beleid met betrekking tot de elektriciteitsvoorziening wordt in beginsel bepaald door de minister van Economische Zaken. Dit wordt op grond van artikel 2 Elektriciteitswet 1998 vastgelegd in door hem opgestelde energierapporten. Waarom de minister van Economische Zaken echter bovendien via statutaire bepalingen bevoegdheden krijgt toebedeeld, is niet helder. Het publieke belang wordt immers in het vennootschapsrechtelijk kader afdoende door het ministerie van Financiën als aandeelhouder geborgd.²⁷² Indien wordt verondersteld dat het ministerie van Financiën te veel nadruk legt op het bedrijfsmatig invullen van haar aandeelhoudersrol, is niet begrijpelijk waarom slechts in het geval van een statutenwijziging de minister van Economische Zaken zijn toestemming moet geven.²⁷³

Door deze gedeelde verantwoordelijkheid voor de behartiging van het publieke belang door het ministerie van Financiën als aandeelhouder en het ministerie van Economische Zaken als beleidsverantwoordelijk ministerie is beleidsafstemming tussen de ministeries derhalve noodzakelijk. Deze gedeelde verantwoordelijkheid roept echter de vraag op of één van deze twee departementen de eindverantwoordelijkheid voor de overheidssturing binnen de vennootschap heeft. Indien sprake is van een gedeelde eindverantwoordelijkheid, rijst de vraag of en zo ja, welke bevoegdheidsverdeling bestaat tussen deze verschillende departementen.

270 Zie art. 40 lid 3 statuten TenneT Holding BV geldend per 19 september 2007.

271 Zie respectievelijk art. 17a lid 3 en art. 11a lid 2 Elektriciteitswet 1998.

272 De commissie Kist ziet zelfs ruime mogelijkheden voor de (decentrale) overheid als aandeelhouder in energiebedrijven.

273 Overigens wordt in het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2010, *Kamerstukken II 2011/12*, 28 165, nr. 131, p. 47 met betrekking tot de invulling van het aandeelhouderschap, in het bijzonder de strategie, gesteld dat 'de focus in de strategie (...) wat betreft de aandeelhouder op de publieke taken van TenneT' ligt.

Hoe en door wie een verschil van mening over de gewenste overheidssturing moet worden opgelost is formeel niet duidelijk.²⁷⁴

Het is de vraag of het gebruik van privaatrechtelijke, dan wel publiekrechtelijke instrumenten, invloed zou moeten hebben op de verhouding tussen de betrokken overheidsorganen. Het ministerie van Financiën is aandeelhouder en zal in beginsel invloed uitoefenen via dit privaatrechtelijke instrument. De minister van Economische Zaken daarentegen is geen aandeelhouder, maar kan invloed uitoefenen via het gebruik van publiekrechtelijke regulering. Hoewel de minister van Financiën in beginsel het algemene beleid voor overheidsdeelnames bepaalt, is het de vraag welk departementaal beleid voorrang heeft indien zijn zienswijze als aandeelhouder in TenneT en de zienswijze van de minister van Economische Zaken als beleidsverantwoordelijk minister voor de energiesector verschillen. Hierbij geldt mijns inziens wel dat de juridische positie van de overheid als aandeelhouder niet onderschat moet worden. Daartegenover staat dat de taak van het ministerie van Financiën om eenduidig overheidsbeleid ten aanzien van overheidsondernemingen te bewerkstelligen niet moet worden doorkruist. Een en ander zou vanzelfsprekend voorkomen moeten worden door continu overleg, maar de vraag blijft of en zo ja, welke bevoegdheidsverdeling kan worden aangebracht in deze verhouding.

4.3 Tussenconclusie

De regulering van overheidsbemoeyenis binnen de elektriciteitssector wordt niet alleen bemoeilijkt doordat de gewenste regulering vanwege de netwerkstructuur een hoog technisch gehalte heeft, maar ook omdat sprake is van een spagaat voor wat betreft de doelen van regulering. Er zijn zoals eerder genoemd twee leidende concurrerende uitgangspunten met verschillende bijbehorende publieke belangen. Dit zijn allereerst de vrije marktgedachte en het publieke belang van de positieve effecten van mededinging en ten tweede de overheid die ten behoeve van het publieke belang reguleert. De wens van een geliberaliseerde vrije markt loopt zoals hierboven besproken, niet steeds parallel met het belang van voorzieningszekerheid dat continuïteit van betaalbare en schone energie vereist via een betrouwbaar elektriciteitsnet. Dit is onvermijdelijk en inherent aan regulering van de economie in een vrije markteconomie.

²⁷⁴ Mijns inziens is een aanbeveling zoals gedaan in het rapport van de commissie Kist met betrekking tot de verhouding tussen de rijksoverheid en decentrale overheden te vrijblijvend. In aanbeveling 6 stelt de commissie dat het wenselijk is dat de verschillende overheden in overleg blijven of treden. Zie het rapport 'Publiek aandeelhouderschap energiebedrijven', onder leiding van A.W. Kist van 26 juni 2008 en de kabinetsreactie bij brief van 3 oktober 2008.

Aan welk publiek belang voorrang wordt gegeven is afhankelijk van het politieke klimaat. De betrokkenheid van verschillende ministeries, met mogelijk uiteenlopende beleidsdoelen, roept de vraag op of naast de nodige coördinatie ook een formele bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende ministeries zou moeten worden aangebracht. Een nadere bevoegdheidsverdeling lijkt wenselijk, maar valt buiten het bestek van dit onderzoek.²⁷⁵

5 CONCLUSIE

Met deze case studies heb ik onderzocht hoe de overheidsonderneming in de praktijk fungeert binnen een samenstel van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke kaders.

De drie *case studies* tonen de waarde van het publieke aandeelhouderschap mijns inziens goed aan. De *casestudy* van Schiphol laat zien dat het terugtrekken van de overheid als publieke aandeelhouder aanvankelijk was beoogd, maar dat de politiek het publieke aandeelhouderschap vereiste. Dit laat mijns inziens zien dat in dit specifieke geval de rol van het publieke aandeelhouderschap, weliswaar aanvullend, maar niettemin als onmisbaar wordt beschouwd. De politieke eindverantwoordelijkheid voor de desbetreffende publieke belangen vereisen in deze casestudy het publieke aandeelhouderschap van de overheid. De ten aanzien van de NS gevoerde discussie omtrent het gebruik en de waarde van de concessieverlening en de (aanvullende) rol van het publieke aandeelhouderschap, benadrukt de meerwaarde van het publieke aandeelhouderschap ten aanzien van andere vormen van regulering. De *casestudy* van TenneT laat ook zien dat de specifiek in dit geval betrokken publieke belangen, overheidsinvloed voor onbepaalde tijd vergen en daarmee dat het publieke aandeelhouderschap in sommige gevallen voor onbepaalde tijd wordt beoogd. Sommige strategische belangen vergen ‘permanente’ overheidsinvloed.

²⁷⁵ Dat duidelijkheid over de ministeriële verantwoordelijkheid en coördinatie tussen de verschillende betrokken departementen wenselijk wordt geacht, blijkt uit het door de Rijksoverheid ingestelde Interdepartementaal Beleidsonderzoek naar de aansturing van Nederlandse staatsdeelnemingen. Dit ziet op de invulling van de rol van ‘de staat als beleidsmaker en de staat als aandeelhouder’ ten aanzien van staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148, p. 7-8.