

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

## 7 | Rechtsvergelijking

### 1 INLEIDING

Wat betreft het behartigen van publieke belangen via (overheids)ondernemingen kan voor de regulering en de inrichting van een mogelijke Nederlandse kapitaalsrechtsvorm voor de overheidsonderneming ter inspiratie over de grenzen worden gekeken. De geschiktheid van Nederlandse kapitaalvennootschappen om overheidsondernemingen in te drijven kan mede worden beoordeeld door deze te vergelijken met de mogelijkheden die in andere rechtsstelsels bestaan voor het behartigen van bepaalde bijzondere belangen waaronder publieke belangen. Deze geven ook inzicht in hoe in andere landen over overheidsinvloed via ondernemingen wordt gedacht, waarbij Nederland wellicht lering kan trekken uit verschillende gezichtspunten. In dit hoofdstuk worden verschillende rechtsfiguren uit ons omringende landen bestudeerd en vergeleken met de in hoofdstuk 3 besproken Nederlandse rechtsvormen daarbij behorende sturingsmogelijkheden. Gekozen is voor een vergelijking met het Duitse, Belgische, Franse en Engelse recht.

De keuze voor een vergelijking met Duitsland is gemaakt vanwege de sterke overeenkomsten met het Nederlandse vennootschapsrecht enerzijds en anderzijds vanwege de sterkere positie die – niet alleen werknemers – ook andere belanghebbenden in vennootschappen bezitten. De keuze voor België is ingegeven door het feit dat het Belgische recht een bijzondere rechtsvorm – te weten de naamloze vennootschap van publiek recht – kent, die zich op het snijvlak van overheidsinvloed en marktdeelname bevindt. In het Verenigd Koninkrijk participeert de overheid in beginsel niet in private ondernemingen. Toch wordt in bepaalde gevallen gekozen voor overheidsbeïnvloeding via een bijzondere vennootschapsvorm waarbij niet het maken van winst centraal staat. Het in het Verenigd Koninkrijk geldende vennootschapsrecht is bovendien interessant vanwege de nadruk bij de uitvoering van publieke taken die vanaf de jaren tachtig in het Anglosaksisch model op marktwerking is komen te liggen. Het tegenovergestelde kan worden gezegd van het beleid in Frankrijk waar traditioneel de uitvoering van publieke belangen aan de Staat wordt toevertrouwd. Een vergelijking met het Franse recht is met name interessant vanwege het gebruik van een agentschap om op afstand van de ministeries het beleid met betrekking tot overheidsdeelnemingen te centraliseren.

Het is nuttig te bezien hoe in deze rechtsstelsels wordt omgegaan met het spanningsveld tussen vrije marktwerking en overheidsingrijpen om publieke belangen te verzekeren via een overheidsonderneming. Hieronder wordt in paragraaf 2 het in Duitsland geldende rechtskader besproken, waarna in paragraaf 3 aandacht wordt besteed aan enkele relevante Belgische rechtsfiguren. In paragraaf 4 worden enkele relevante Franse rechtsfiguren besproken. Het Verenigd Koninkrijk komt vervolgens in paragraaf 5 aan de orde.

## 2 DUITSLAND

### 2.1 Inleiding

Het Duitse vennootschapsrecht vertoont sterke gelijkenissen met het Nederlandse vennootschapsrecht. Ook wat betreft het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm om een overheidsonderneming in te drijven zijn veel overeenkomsten tussen de beide rechtsordes te vinden. Om die reden is de bespreking in dit hoofdstuk van het Duitse recht enigszins bondiger dan de vergelijking met de systemen zoals die bestaan in België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Er zijn echter ook enkele punten waar het Duitse recht enigszins afwijkt van het Nederlandse systeem. Bijzonder voor het Duitse vennootschapsrecht is bijvoorbeeld het kort na de Tweede Wereldoorlog ingevoerde zogenoemde *Mitbestimmungsgesetz*. Op grond hiervan kunnen werknemers een belangrijke rol spelen binnen de vennootschap. De Muynck schrijft hierover:

‘Duitse economie is van oudsher meer gericht geweest op coöperatie dan op confrontatie. Het idee van een ongebreidelde concurrentie heeft in Duitsland nooit onbeperkt gegolden zoals in de USA of in het UK het geval was.’<sup>1</sup>

De onderneming wordt niet gezien:

‘als een eigendom waarmee de aandeelhouders mogen doen wat ze willen maar als een gemeenschap met verplichtingen tegenover werknemers, klanten en de omgeving evenals ten opzichte van diegenen die financiële middelen verschaffen.’<sup>2</sup>

Hoewel deze visie ook voor de Nederlandse ondernemingen geldt – denk bijvoorbeeld aan de wijze waarop het vennootschapsbelang wordt gedefinieerd – biedt de Duitse wet bijvoorbeeld op grond van de *Mitbestimmung* een sterker systeem van werknemersparticipatie en daarmee een sterkere positie voor de werknemers dan de in het Nederlandse ondernemingsrecht neergelegde

---

1 Zie T. De Muynck, ‘De aandeelhouders en het vennootschapsbelang in Duitsland vergeleken met België’, *Jura falconis*, 1998-1999/2, p. 235.

2 Zie T. De Muynck, ‘De aandeelhouders en het vennootschapsbelang in Duitsland vergeleken met België’, *Jura falconis*, 1998-1999/2, p. 235.

goedkeuringsrechten van de ondernemingsraad. De sterke(re) positie van de werknemers en andere belanghebbenden in vennootschappen, sluit (in)directe participatie van de overheid niet uit. Er bestaan tal van ondernemingen waarin de overheid, zowel de Staat als decentrale overheden, participeert.<sup>3</sup>

De Duitse wetgever lijkt ten opzichte van het Nederlandse recht een meer genuanceerde positie in te nemen voor wat betreft de vormgeving van overheidsinvloed in private rechtsvormen. Hierbij lijken de legitimiteit van het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen, het creëren van mogelijkheden voor overheidsingrijpen en daarmee het borgen van het publieke belang voorop te staan. Zo kent het Duitse recht de *plicht* voor de (lagere) overheid om – wanneer deze via een private rechtsvorm een deel van hun publieke taak uitoefent – steeds een zekere invloed te houden op deze rechtspersoon. Dit wordt nader besproken in de volgende paragraaf. Aldus wordt ondanks de keuze om een publieke taak op afstand uit te (laten) voeren, de politieke verantwoordelijkheid steeds vergezeld van overheidsinvloed met een bepaalde minimale ondergrens.

In deze paragraaf wordt ingegaan op enkele voor dit onderzoek interessante aspecten uit het Duitse (vennootschaps)recht. De Duitse overheid lijkt, hoewel het vennootschapsrechtelijke kader niet veel verschilt van het Nederlandse kader, minder geforceerd om te gaan met het fenomeen overheidsonderneming. Om nader toe te lichten op welke wijze de Duitse overheid gebruik maakt van privaatrechtelijke rechtspersonen en hoe overheidsinvloed wordt vormgegeven en het publieke belang wordt gewaarborgd, zal ik de overheidsonderneming Deutsche Bahn AG en met name de invloed van de overheid op de besluitvorming binnen de organen van deze onderneming via zowel statutaire als wettelijke instrumenten hieronder in paragraaf 3 nader bespreken. Alvorens in paragraaf 2.2.1 nader in te gaan op de rol van de overheid binnen privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen en het voor deze ondernemingen geldende publiekrechtelijk en privaatrechtelijk kader in respectievelijk paragraaf 2.2.2 en 2.2.3, zal ik hieronder kort het gebruik van het Duitse vennootschapsrecht door de overheid toelichten. In paragraaf 4 wordt ten slotte een conclusie getrokken.

## 2.2 De Duitse overheid als ondernemer

De Duitse overheid heeft via *Körperschaften* en *Anstalten* (publiekrechtelijke lichamen en diensten) diverse mogelijkheden om ondernemingen te drijven. Op zowel nationaal niveau (*Bund*), als op regionaal en gemeentelijk niveau (*Länder* en *Gemeinden*) kan zij in de eerste plaats gebruikmaken van deze

---

3 Ook deze overheden zelf worden wanneer zij participeren in ondernemingen als (verbonden) onderneming gezien voor het concernrecht op grond van art. 15 AktG. Zie Henssler/Strohn/Maier-Reimer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 1397, par. 7.

publiekrechtelijke rechtsvormen en 'diese nach wirtschaftlichen Grundsätzen führen.'<sup>4</sup> Overigens is de overheid vanwege de wens anderen te beschermen, ook wanneer zij een onderneming drijft in dergelijke publiekrechtelijke vormen gebonden aan bepaalde ondernemingsrechtelijke regels zoals bijvoorbeeld concernrechtelijke beschermingsbepalingen:

'Darüber hinaus hat der BGH [JN: Bundesgerichtshof] mit Recht die konzernrechtliche Unternehmenseigenschaft selbst dann bejaht, wenn eine Gebietskörperschaft nur rein wirtschaftliches Unternehmen beherrscht, weil der Konflikt zwischen dessen Interessen und den eigenen – politischen – Interessen der Gebietskörperschaft die Anwendung der Schutzvorschriften des Konzernrecht auch in diesem Fall erfordert.'<sup>5</sup>

Naast het gebruik van publiekrechtelijke lichamen om een verzelfstandigde ondernemingsactiviteit ten behoeve van een publiek belang in onder te brengen, kan de overheid ook privaatrechtelijke rechtsvormen als de AG en de GmbH voor dat doel gebruiken en/of oprichten.

Overigens lijkt de wetgever een voorkeur te hebben voor het gebruik van de publiekrechtelijke rechtsvorm door de overheid. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 114a lid 4 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW) uitdrukkelijk gesteld dat 'ein besonders wichtiges Interesse' moet bestaan om tot oprichting van een private rechtsfiguur over te gaan. Hoewel ook Mann meent dat het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm boven de publiekrechtelijke rechtsvormen eerder uitzondering dan regel moet zijn,<sup>6</sup> bedient de overheid zich in de praktijk zowel op rijksniveau – denk aan de Deutsche Bahn AG – als op het niveau van de decentrale overheden – denk aan het aanzienlijke aandeel dat de deelstaat Niedersachsen in Volkswagen AG aanhoudt – in veel gevallen van privaatrechtelijke rechtsvormen.<sup>7</sup> In deze verschilt de praktijk in Duitsland niet van de Nederlandse praktijk waarin – ondanks de voorkeur die de wetgever heeft uitgesproken voor het gebruik van publiek-

---

4 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 661-662.

5 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 661-662.

6 Zie T. Mann, *Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Mohr Siebeck 2002, p. 42.

7 In sommige gevallen bestaan er (algemene) verboden om een bepaalde rechtsvorm te gebruiken. Zo mag de rechtsvorm GmbH niet worden gebruikt om een verzekeringsbedrijf in uit te oefenen, zie Henssler/Strohn/Maier-Reimer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 634, nr. 25. Maar de wet kent ook enkele beperkingen voor publiekrechtelijke lichamen in het bijzonder. Zie bijvoorbeeld voor Noordrijn Westfalen het verbod voor gemeenten om een bankbedrijf te exploiteren op grond van art. 107 lid 6 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW), raad te plegen via de website: [https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl\\_text\\_anzeigen?v\\_id=2320021205103438063#det269192](https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=2320021205103438063#det269192).

rechtelijke rechtsvormen – nog steeds gebruik wordt gemaakt van privaatrechtelijke kapitaalvennootschappen.

Bedacht moet worden dat ook voor publieke taakuitvoering in privaatrechtelijke rechtsvormen bijzondere normen kunnen gelden voor publieke aandeelhouders. Zo heeft het *Bundesgerichtshof* in het Volkswagen arrest invulling gegeven aan de bescherming van (minderheids)aandeelhouders tegen publieke aandeelhouders. In deze zaak speelde de vraag of de reeds in 1960 ingestelde zogenoemde Volkswagenwet – op grond waarvan (private) aandeelhouders slechts maximaal 20 procent van hun stemrechten konden uitoefenen om aldus overnames te voorkomen en werkgelegenheid te behouden – strijd opleverde met het Europese recht. Doordat bij een gemiddelde aandeelhoudersvergadering slecht 37 procent van de stemgerechtigden aanwezig was, oordeelde het *Bundesgerichtshof* dat de deelstaat Niedersachsen (destijds) met slechts 21% van de stemrechten reeds een overwegende invloed op de onderneming had. Bescherming van de minderheidsaandeelhouders conform het concernrecht werd van toepassing geacht door te overwegen dat:

‘Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften in der Regel davon auszugehen, dass sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte Aktiengesellschaft nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung herrühren. Diese Interessenkollision ist von der gleichen Art wie der Konflikt, den das Konzernrecht steuern soll. Sie birgt überdies für Minderheitsgesellschafter ebenso große Gefahren in sich wie diejenigen, die durch eine anderweitige Beteiligung eines Mehrheitsaktionärs entstehen können.’<sup>8</sup>

Indien de overheid als aandeelhouder in een overheidsonderneming deelneemt, is het mogelijk dat minderheidsaandeelhouders nadeel ondervinden van het feit dat de Duitse overheid niet van typische aandeelhoudersoverwegingen uit zal gaan. Er kan sprake zijn van een tegenstelling tussen het publieke belang en het typische aandeelhoudersbelang. De Duitse overheid zal steeds de publieke taakuitvoering als prioriteit voorop (moeten) hebben staan. Dit kleurt de houding van de Duitse overheid als deelnemer aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.

In hoeverre de overheid daarbij kan bogen op bevoegdheden neergelegd in (bijzondere) wetten is mede afhankelijk van de uitleg van Europese regelgeving zoals gezien in hoofdstuk 5. Het Europese Hof van Justitie heeft in 2007 uitgemaakt dat de zogenoemde Volkswagenwet in strijd was met het Unie

---

8 Zie BGHZ 135, 107 (*Volkswagen AG*) en T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 662.

recht<sup>9</sup> aangezien in het bijzonder drie bepalingen in de Volkswagenwet directe investeringen konden ontmoedigen. Het betreft de eerste plaats de bepaling waardoor zij:

‘in afwijking van het gemene recht, het stemrecht van iedere aandeelhouder tot 20% van het maatschappelijk kapitaal van Volkswagen beperken, in de tweede plaats, de vereiste meerderheid verhogen tot meer dan 80% van het vertegenwoordigde kapitaal voor besluiten van de algemene vergadering, waarvoor het gemene recht slechts een meerderheid van 75% eist, en, in de derde plaats, in afwijking van het gemene recht de federale Staat en de deelstaat Niedersachen het recht toekennen om elk twee vertegenwoordigers in de raad van commissarissen van Volkswagen onderneming aan te wijzen.’<sup>10</sup>

De Volkswagenwet kon niet op goedkeuring van het Europese Hof van Justitie rekenen vanwege het door mij in hoofdstuk 5 besproken standpunt dat afwijking van het gemene vennootschapsrecht ten behoeve van de borging van het publieke belang door de overheid slechts bij uitzondering als rechtvaardiging voor een beperking op het vrij verkeer van kapitaal kan gelden. De Europese Commissie heeft onlangs laten weten dat Duitsland wegens niet-uitvoering van het arrest uit 2007 opnieuw voor het Europese Hof zal worden gedaagd.<sup>11</sup>

Kort samengevat, de Duitse overheid kan voor de uitvoering van een publieke taak gebruikmaken van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtsvormen. Indien voor het onderbrengen van een publieke taakuitvoering voor een publiekrechtelijke rechtsvorm wordt gekozen, kunnen bepaalde privaatrechtelijke (op Europees recht gebaseerde beschermings)bepalingen evenzeer voor deze publiekrechtelijke rechtsvormen gelden. Mijns inziens kan worden gesteld dat in privaatrechtelijk ingerichte overheidsondernemingen voor de overheid soms striktere normen gelden dan bijvoorbeeld voor privaatrechtelijke aandeelhouders, vanwege de bijzondere positie die de overheid in het rechtsverkeer inneemt. Mijns inziens kunnen hier parallellen worden getrokken met de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht wanneer de Nederlandse overheid gebruik maakt van het privaatrecht.

### 2.2.1 *Het Duitse vennootschapsrecht: de overheid in GmbH en AG*

Van de Duitse privaatrechtelijke rechtspersonen, zal ik slechts de voor de Duitse overheidsondernemingen relevante rechtsvormen bespreken. In Duits-

---

9 Zie arrest van het HvJ EG van 23 oktober 2007 zaak C-112/05, *Jur. p. I-8995 (Commissie/ Duitsland)*, inzake de onverenigbaarheid van de Volkswagenwet met het Unierecht.

10 Zie Commissie/ Duitsland C-95/12.

11 Zie Commissie/ Duitsland C-95/12 met ten tijde van dit schrijven als laatste feit de hoorzitting op 12 maart 2013.

land wordt het onderscheid gemaakt tussen enerzijds de *Kapitalgesellschaften* en anderzijds de *Personengesellschaften*.<sup>12</sup> Gezien de afbakening van dit onderzoek en de focus daarbij op de kapitaalvennootschap, zal slechts worden ingegaan op de *Kapitalgesellschaften*. Onder het begrip *Kapitalgesellschaften* kunnen achtereenvolgens worden verstaan de *Aktiengesellschaften* (hierna: AG), de *Kommanditgesellschaften auf Aktien*, *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbH) en de SE. Ik zal mij hieronder op de reeds in hoofdstuk 1 genoemde gronden beperken tot een bespreking van de AG en GmbH en mij concentreren op de voor dit onderzoek meest relevante aspecten.

De regeling ten aanzien van de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* is neergelegd in het *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbHG). Deze rechtsvorm is sterk vergelijkbaar met de Nederlandse besloten vennootschap, hoewel er enkele met name ten aanzien van de doelomschrijving bestaande verschillen zijn aan te geven.<sup>13</sup> De met een GmbH na te streven doelen zijn zeer ruim te formuleren op grond van artikel 1 GmbHG. Niet alleen (op winst gerichte) bedrijven, beroepsbeoefenaren, maar ook ondernemingen met een ideële doelstelling kunnen in de GmbH rechtsvorm worden gedreven.<sup>14</sup> Het feit dat ook ideële doelstellingen – althans niet economische – kunnen worden nagestreefd met de GmbH biedt mogelijkheden voor maatschappelijke, religieus georiënteerde<sup>15</sup> en wetenschappelijke instellingen<sup>16</sup> en derhalve ook voor het borgen van bepaalde publieke belangen. De regeling ten aanzien van de *Aktiengesellschaft* is neergelegd in het *Aktiengesetz*. Deze rechtsvorm is sterk te vergelijken met de naamloze vennootschap. Interessant is dat op grond van artikel 3 AktG uit wordt gegaan van de fictie dat steeds een bedrijf wordt gevoerd, onafhankelijk van de doelstelling.

De overheid kan bij de uitvoering van publieke taken kiezen voor het gebruik van zowel de GmbH als de AG rechtsvorm. Hierbij geldt de voor de nationale

---

12 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 1.

13 Overigens wordt er in het Duitse systeem een onderscheid gemaakt tussen de *Unternehmensgegenstand* en het *Gesellschaftszweck*, waarbij het eerste begrip kan worden gezien als de doelstelling en het tweede als het middel althans de doelomschrijving om dit te bereiken. Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 630.

14 Slechts wanneer doelstelling juridisch onwerkbaar is, kan sprake zijn van nietigheid. In sommige gevallen is bovendien toestemming nodig om een bepaald beroep als doel in de statuten op te kunnen nemen. Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 631 en p. 633, nr. 18.

15 Deze vrijheid is gewaarborgd in art. 140 *Grundgesetz* (GG) jo art. 137 lid 4 van de *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) om de scheiding tussen kerk en staat te verzekeren.

16 Zie Henssler/Strohn/Carsten Schäfer, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 632-633, nr. 17.



overheid in artikel 65 van de *Bundeshaushaltsordnung*<sup>17</sup> neergelegde plicht die ook bekend staat als de *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht*. In de volgende paragraaf kom ik hier op terug.

### 2.2.2 Publiekrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: Ingerenzpflicht

Hoewel Duitse overheden bevoegd zijn om privaatrechtelijke rechtsvormen op te richten en te gebruiken om een onderneming in te drijven,<sup>18</sup> dienen zij op grond van bijzondere wetten steeds verzekerd te zijn van een zekere invloed op de door de ondernemingen te besteden dan wel beheren middelen. Deze voor de Duitse nationale overheid in artikel 65 van de *Bundeshaushaltsordnung* neergelegde plicht staat ook bekend als de hierboven genoemde *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht*. Een vergelijkbare plicht geldt ook voor decentrale overheden. Zo mogen op grond van artikel 108 lid 5 van de *Gemeindeordnung* van Noordrijn-Westfalen (GemO NRW) gemeenten slechts een GmbH oprichten of er aan deelnemen wanneer in de statuten bepaalde rechten toekomen aan de vergadering van aandeelhouders en de gemeenteraad de raad van commissarissen instructies kan geven.<sup>19</sup> Aldus moet worden voorkomen dat publiekrechtelijke organen (van gemeenten) beïnvloedingsmogelijkheden verliezen bij het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen voor de uitvoering van een publieke taak.<sup>20</sup> Hoewel ook bij de bestuurders van dergelijke ondernemingen noodzakelijkerwijze een zekere (discretionaire) ondernemingsvrijheid bestaat, zijn zij sterk gebonden aan het (onder andere in artikel 108 lid 1 sub 7 GemO NRW genoemde) *öffentlichen Zweck*.<sup>21</sup> In artikel 113 lid 1 GemO NRW wordt met betrekking tot de personen die de gemeente vertegenwoordigen

17 Zie art. 65 van de *Bundeshaushaltsordnung*, raad te plegen via <http://www.gesetze-im-internet.de/bho/BjNR012840969.html>. Deze bepaling is nader uitgewerkt in de 'Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen (Besluit van de Bundesregierung van 24 september 2001), zie [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_24092001\\_II.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_24092001_II.htm).

18 Zie bijvoorbeeld voor Noordrijn Westfalen, art. 108 *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen* (GemO NRW), raad te plegen via de website: [https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl\\_text\\_anzeigen?v\\_id=2320021205103438063#det269192](https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=2320021205103438063#det269192).

19 Zie art. 108 lid 5 GemO NRW.

20 Zie T. Mann, *Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Mohr Siebeck 2002, p. 90.

21 In art. 109 lid GemO NRW wordt dit nader uitgewerkt door te stellen: 'Die Unternehmen und Einrichtungen sind so zu führen, zu steuern und zu kontrollieren, daß der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird. Unternehmen sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.'

binnen een rechtspersoon waarin de gemeente al dan niet rechtstreeks deelneemt, gesteld dat deze:

‘...die Interessen der Gemeinde zu verfolgen [haben]. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Die vom Rat bestellten Vertreter haben ihr Amt auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen.’

Wanneer er sprake is van een (meerderheids)deelneming door de Duitse overheid in een onderneming, eist de wetgever op grond van een democratische legitimering steeds een bepaalde invloed en controle op de onderneming en haar organen. Hoewel het Nederlandse deelnemingenbeleid zoals besproken in hoofdstuk 1 ervan uit gaat dat deelnemingen slechts worden gehouden ter behartiging van een publiek belang en ook de Rekenkamer in Nederland toezichthoudende bevoegdheden heeft binnen dergelijke rechtspersonen, lijkt het Duitse recht aldus verder te gaan. De overheid dient vanwege haar politieke verantwoordelijkheid en om het publiek belang – ook bij het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen – te kunnen waarborgen, vennootschapsrechtelijke beïnvloedingsmogelijkheden te houden.

### 2.2.3 *Privaatrechtelijk kader voor de overheidsonderneming: Gemeinnützigen GmbH en Public Corporate Governance Kodex (PCGK)*

#### *Gemeinnützigen GmbH*

Interessant in het kader van de inrichting van de overheidsonderneming zijn de Duitse gemeentelijke bedrijven, de zogenaamde *Kommunales Unternehmen*. Dergelijke ondernemingen kunnen zoals hierboven reeds vastgesteld, in zowel publiekrechtelijke rechtsvormen<sup>22</sup> als in privaatrechtelijke rechtsvormen worden gedreven. Naast de reeds genoemde AG en GmbH als voorbeelden van dergelijke privaatrechtelijke rechtsvormen bestaat er ook de zogenoemde *gemeinnützigen GmbH*, ook wel afgekort weergegeven als gGmbH. Hoewel door de benaming gedacht zou kunnen worden dat sprake is van een publiekrechtelijke figuur, betreft het een volledig op de GmbH geënte rechtsfiguur. Belangrijkste kenmerk van de gGmbH is dat er bepaalde belastingvoordelen zijn gekoppeld aan het voeren van deze rechtsvorm. Mede gezien het feit dat de opbrengsten van een dergelijke gGmbH moeten worden aangewend om het maatschappelijk doel te bereiken,<sup>23</sup> is deze regeling sterk vergelijkbaar met de in Nederland bestaande ANBI-regeling en komt de figuur dicht in de buurt

---

22 Een voorbeeld van een dergelijke gemeentelijke dienst is het zogenoemde *Regiebetriebe*. Een dergelijke met de Nederlandse dienst vergelijkbare figuur, kan worden ingesteld op grond van de desbetreffende *Gemeindeordnung*.

23 Niet alleen moet de gGmbH worden ingericht volgens de regels zoals die gelden voor de GmbH, ook moet het doel vallen onder een in art. 52 Abgabenordnung (AO) genoemd doel.

van de idee achter de in Nederland nooit ingevoerde maatschappelijke onderneming. Gelijk ik voor de ANBI-regeling en maatschappelijke onderneming in hoofdstuk 1 bij de afbakening van het onderzoek heb besproken, kan deze Duitse rechtsfiguur mijns inziens niet worden gezien als een in dit onderzoek bedoelde overheidsonderneming. Daarbij komt dat het nog maar de vraag is of de gGmbH als zelfstandige rechtspersoon in Duitsland erkend wordt. Zo heeft het *Oberlandesgericht* van München eind 2006 geoordeeld dat de afkorting gGmbH niet in het handelsregister is in te schrijven aangezien daar op grond van een restrictieve uitleg van de wet geen ruimte voor zou bestaan.<sup>24</sup> In de literatuur wordt er overigens vanuit gegaan dat, wanneer een onderneming de naam voluit geschreven gebruikt er geen problemen zouden moeten ontstaan,<sup>25</sup> maar de onzekere status van deze rechtsfiguur zou mijns inziens op zichzelf de rechtsvorm reeds moeten diskwalificeren voor het onderbrengen van een overheidsonderneming waarvoor helderheid en rechtszekerheid wenselijk zijn.

Kortom, hoewel er de mogelijkheid bestaat voor bepaalde ideële ondernemingen om te opteren voor een fiscaal voordelig regiem, ontbreekt een helder vennootschapsrechtelijk kader voor het onderbrengen van een overheidsonderneming. Aldus bestaat een grote vrijheid voor de Duitse overheid om voor verschillende privaatrechtelijke rechtsvormen te opteren. Wel bestaat de plicht voor overheidsondernemingen om een specifiek voor publieke ondernemingen in 2009 ingevoerde code na te leven. In de volgende paragraaf ga ik nader in op deze zogenoemde *Public Corporate Governance Kodex*.

#### *Public Corporate Governance Kodex*

Op 1 juli 2009 heeft de Duitse overheid de *Public Corporate Governance Kodex* (afgekort als PCGK) ingevoerd. De code is gebaseerd op de reeds bestaande *corporate governance* code voor beursgenoteerde ondernemingen<sup>26</sup> en is een uitwerking van de reeds bestaande 'Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen.' Ten aanzien van het doel achter de invoering van een dergelijke code stelt de minister van Financiën:

'Der PCGK enthält vorrangig Empfehlungen zur Verbesserung von Prozessen und Arbeitsstrukturen der Unternehmensorgane Vorstand/Geschäftsführung, Aufsichts-/Verwaltungsrat.'<sup>27</sup>

---

24 Zie OLG München 31 december 2006, NJW 2007, 1601 waar art. 4 van het GmbHG strikt wordt uitgelegd.

25 Zie bijvoorbeeld H.J. Priester, W. Bayer (red.), *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, Verlag C.H. Beck: München 2011, p. 139.

26 De 'Deutschen Corporate Governance Kodex', afgekort weergegeven als DCGK.

27 Zie [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegeen/Public\\_Corporate\\_Governance\\_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegeen/Public_Corporate_Governance_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html).

Een betere en transparantere bedrijfsvoering en beloningstructuur binnen staatdeelnemingen zou bereikt moeten (kunnen) worden volgens het uit de reguliere code bekende mechanisme van *comply or explain*. Bovendien moet de actieve(re) rol van de Staat als aandeelhouder duidelijk vastgelegd worden, hoewel de minister zelf al contateert dat:

‘...bereits im Haushaltsgrundsätzegesetz vorgesehenen Prüfrechte bei Unternehmen mit mehrheitlicher staatlicher Beteiligung schon einen hohen Standard vorgeben.’<sup>28</sup>

Hoewel het mijns inziens prijzenswaardig is dat de Duitse overheid haar bijzondere positie ten opzichte van de reguliere ondernemingen met de instelling van deze bijzondere *corporate governance* code voor overheidsondernemingen erkent, denk ik niet dat een code het meest geschikte instrument is om staatsdeelnemingen in te richten. Daarbij is de onmogelijkheid om de code wettelijk af te dwingen het grootste bezwaar. Zeker in combinatie met het *comply or explain* mechanisme lijkt mij er te veel ruimte te bestaan om af te wijken van de toepassing van de inhoud van de code, zodat aan de effectiviteit van het instrument moet worden getwijfeld. Zo kan met het oog op het beloningenbeleid in overheidsondernemingen worden afgevraagd of en in hoeverre er een matigend effect van deze code uitgaat door de vrijblijvendheid. De PCGK is overigens niet van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen waar de Staat een aandeel in houdt; hier is de reguliere Duitse *corporate governance* code van toepassing.<sup>29</sup> Mijns inziens had men kunnen volstaan met het van toepassing verklaren van de algemene code op staatsdeelnemingen zoals in Nederland is gebeurd, hoewel nu wel enkele specifiek op staatsdeelnemingen, waaronder de hierna te bespreken Deutsche Bahn AG, gerichte bepalingen konden worden opgenomen.<sup>30</sup>

---

28 Zie [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegeen/Public\\_Corporate\\_Governance\\_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegeen/Public_Corporate_Governance_Kodex/unternehmensfuehrung-in-oeffentlichen-unternehmen.html).

29 Het betreft Deutsche Telekom en Deutsche Post.

30 Zie bijvoorbeeld de hieronder nader te bespreken DB AG. Op grond van art. 24 van de statuten is DB AG gehouden de public codex te volgen, of afwijkingen daarvan uit te leggen.

## 2.3 De Deutsche Bahn AG als voorbeeld van een Duitse overheidsonderneming

### 2.3.1 Algemeen

De Deutsche Bahn AG (hierna: DB AG) is een Duitse spoorwegonderneming met haar statutaire zetel in Berlijn.<sup>31</sup> De vennootschap is in 1994 ontstaan uit een fusie tussen de *Deutsche Bundesbahn*, de staatsspoorwegonderneming van voormalig West Duitsland, en de *Deutsche Reichsbahn*, de spoorwegonderneming die in de voormalige DDR bestond.<sup>32</sup> Alle aandelen zijn in staatshanden.<sup>33</sup>

De belangrijkste dochterondernemingen zijn *DB Regio*, verantwoordelijk voor streekvervoer van personen, *DB Fernverkehr* voor het lange afstandsvervoer van personen, *DB Schenker Rail* voor het goederenvervoer en de dochter *DB Netz* die verantwoordelijk is voor de infrastructuur.

### 2.3.2 De toekomst van DB AG: Staat blijft aandeelhouder

Zoals in hoofdstuk 6 reeds aan de orde is geweest, werd met het van kracht worden van EU-Richtlijn 91/440/EWG in 1991 een hervorming van het Europese spoorwegvervoer beoogd. Aanvankelijk werd in dat kader de gedeeltelijke privatisering van de DB AG noodzakelijk geacht.<sup>34</sup> Na een kritisch rapport van de federatie van Duitse industrie ondernemingen in 2006<sup>35</sup> en aansluitend het intreden van de kredietcrisis werd een beursgang uitgesteld.<sup>36</sup> Ook de in 2008 speciaal met het oog op de afsplitsing van het personenvervoer van het spoornetbeheer opgerichte dochter, *DB Mobility Logistics AG* – die (gedeeltelijk) geprivatiseerd zou worden – is nog steeds volledig in handen van DB AG

---

31 Zie art. 1 lid 2 de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html>.

32 Zie voor een chronologisch overzicht van de historie van de DB en haar rechtsvoorgangers de website: <http://www.deutschebahn.com/de/konzern/geschichte/>.

33 Zie art. 3 lid 4 van de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html> en het jaarverslag 2011 van Deutsche Bahn, p. 218, raad te plegen via [http://www1.deutschebahn.com/linkableblob/ecm2-db-de/2350464/data/2011\\_gb\\_dbkonzern-data.pdf](http://www1.deutschebahn.com/linkableblob/ecm2-db-de/2350464/data/2011_gb_dbkonzern-data.pdf).

34 Zie bijvoorbeeld de verklaring van de toenmalig raad van commissarissen, waarin expliciet wordt uitgegaan van een beursgang voor de onderneming.

35 Het rapport, met de titel 'Privatisierung der integrierten Deutschen Bahn AG – Auswirkungen und Alternativen', is te raadplegen via de website: [http://www.bdi.eu/download\\_content/InfrastrukturUndLogistik/BDI-DIHK\\_Bahnstudie-Januar\\_2006.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/InfrastrukturUndLogistik/BDI-DIHK_Bahnstudie-Januar_2006.pdf).

36 Zie *Zeit* 14 november 2008, 'Finanzkrise stoppt Börsengang der Bahn', raad te plegen via: <http://www.zeit.de/online/2008/42/bahn-boerse>.

en aldus van de Duitse staat.<sup>37</sup> Sinds mei 2012 lijkt de privatisering van de DB AG volledig van de baan te zijn.<sup>38</sup>

### 2.3.3 Statutaire rechten binnen DB AG voor de Duitse Staat

Op grond van het hierboven reeds genoemde artikel 65 van het *Bundeshaushaltsordnung* (hierna: BHO)<sup>39</sup> kan de Duitse overheid gebruikmaken van privaatrechtelijke rechtsvormen om haar taak uit te oefenen. Dit kan echter alleen wanneer:

‘ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt.’<sup>40</sup>

Bovendien moet de Duitse Staat een ‘angemessenen Einfluß’ behouden, in het bijzonder op de raad van commissarissen.<sup>41</sup> Op grond van het zesde lid van het genoemde artikel moet de bevoegde minister er op toezien dat de door de Staat aangewezen bestuurders of toezichthouders:

‘bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen’.<sup>42</sup>

Om een dergelijke overheidsinvloed te verzekeren dienen de statuten van ondernemingen waar de overheid in deelneemt op een zodanige wijze te zijn ingericht, dat effectieve overheidsinvloed mogelijk is. In de statuten van de DB AG wordt dan ook op verschillende plaatsen naar de rol van de Duitse Staat verwezen. Zo is in artikel 5 van de statuten van de DB AG vastgelegd dat bekendmakingen van de onderneming in het Duitse Staatsblad moeten worden openbaar gemaakt.<sup>43</sup> Daarnaast heeft de Staat het recht drie personen (van de totaal tien personen die door de vergadering van aandeelhouders worden

---

37 Zie het jaarverslag Deutsche Bahn 2011, waar met betrekking tot DB Mobility Logistics AG (DB ML AG) wordt gesteld: ‘Derzeit befindet sich die DB ML AG zu 100 Prozent im Eigentum der DB AG. Die DB AG hatte ursprünglich geplant, die Tochtergesellschaft DB ML AG im Oktober 2008 an die Börse zu bringen. Angesichts der extremen Unsicherheiten an den Finanzmärkten infolge der Finanzkrise und zur Wahrung eines dem Wert des Unternehmens angemessenen Emissionspreises hat die DB AG zusammen mit ihrem Eigentümer, der Bundesrepublik Deutschland, entschieden, den Börsengang der DB ML AG zu verschieben. Ein neuer Zeitpunkt wurde noch nicht festgelegt.’

38 Zie *Handelsblatt* 27 mei 2012, ‘Börsengang der Bahn derzeit kein Thema’.

39 Zie <http://www.gesetze-im-internet.de/bho/BJNR012840969.html>.

40 Zie art. 65 lid 1 sub 1 BHO.

41 Zie art. 65 lid 1 sub 3 BHO.

42 Zie art. 65 lid 6 BHO.

43 Zie art. 5 van de statuten van DB AG zoals die gelden per 24 maart 2010, geraadpleegd op 17 maart 2013 via de website <http://www1.deutschebahn.com/ecm2-db-de/ir/cg/satzung.html>.

benoemd) te benoemen in de raad van commissarissen.<sup>44,45</sup> Interessant is dat dit benoemingsrecht gekoppeld is aan het meerderheidsaandeel dat de Duitse Staat dient te bezitten, op grond waarvan reeds leden van de raad van commissarissen benoemd kunnen worden. Een verklaring van een dergelijke ogenschijnlijk overbodige bepaling zou kunnen liggen in artikel 394 en 395 AktG waar een regeling voor het delen van informatie door van overheidswege benoemde personen binnen vennootschappen is opgenomen. Overigens wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat de zwijgplicht van de leden van de raad van commissarissen met betrekking tot vertrouwelijke informatie over de onderneming, in het algemeen *boven* de informatieplicht aan de door deze leden vertegenwoordigde personen of instellingen gaat.<sup>46</sup> Maar in de hierboven genoemde artikelen 394 en 395 AktG is een uitzonderingsregeling opgenomen voor leden van de raad van commissarissen die zijn benoemd door een publiekrechtelijk lichaam, zodat de informatievoorziening aan de overheid niet in gevaar hoeft te komen.<sup>47</sup> Hiermee wordt mijns inziens voorkomen dat een onduidelijke situatie zoals voor de door de overheid bij ING 'aangewezen' commissarissen ontstaat, zoals besproken in hoofdstuk 4: de commissaris bij ING had zich bij het bestaan van een soortgelijke regeling met deze specifieke regels met betrekking tot informatiedeling eenvoudig kunnen beroepen op zijn uitzonderingspositie op grond van 'artikel 395 AktG.'

Overigens heeft de Duitse overheid op grond van artikel 22 van de statuten ook steeds de mogelijkheid om gebruik te maken van haar bestuursrechtelijke controlerechten conform artikel 53 *Haushaltsgrundsatzgesetzes*. Ook de bevoegdheden van de Duitse Rekenkamer die haar op grond van artikel 54 *Haushaltsgrundsatzgesetzes*, toekomen worden expliciet in de statuten genoemd. Hierdoor is, zonder al te veel af te doen aan het privaatrechtelijk karakter van de onderneming, wel duidelijk dat er een bijzonder publiekrechtelijk kader bestaat op grond waarvan de overheid bepaalde bijzondere extra bevoegdheden heeft. Of deze bevoegdheden zijn toegelaten volgens Europees recht, valt onder de toetsing aan de vrij verkeerregels zoals ik die in hoofdstuk 5 heb besproken. Wanneer de Staat deze bevoegdheden heeft vanwege de meerderheid van de aandelen die zij houdt – zoals bij DB AG – en niet afwijkt van het reguliere vennootschapsrechtelijke kader, voorzie ik echter geen problemen.

---

44 De *Aufsichtsrat* heeft vergelijkbaar met de raad van commissarissen het recht om bepaalde besluiten van het bestuur goed te keuren. Zie in dit geval art. 8 van de statuten van de DB AG.

45 Zie art. 10 lid 2 van de statuten. Tien leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de vergadering van aandeelhouders en tien leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de werknemers.

46 Zie T. Raiser en R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München: Verlag Franz Vahlen 2010, p. 182, nr. 97.

47 Op grond van art. 394 AktG geldt de uitzondering overigens slechts voor zover de informatie voor de uitoefening van de taak relevant is.

## 2.4 Tussenconclusie

Mijns inziens zou de Nederlandse overheid een voorbeeld kunnen nemen aan de pragmatische houding van de Duitse overheid ten aanzien van de positie van de overheid in bepaalde voor de behartiging van een publiek belang essentiële vennootschappen. Hoewel de juridische mogelijkheden voor overheidsinvloed in het Duitse recht grotendeels overeenkomen met de mogelijkheden in het Nederlandse recht, blijkt uit de wijze waarop de Duitse overheid overheidsondernemingen gebruikt en inricht dat op de betrokkenheid van de Duitse overheid bij private ondernemingen met een publieke taak minder een taboe heerst dan het geval is in de Nederlandse rechtsorde.

De Duitse overheid lijkt meer dan de Nederlandse overheid oog te hebben voor het feit dat ondanks een verzelfstandiging of privatisering van publieke taken, de uiteindelijke politieke verantwoordelijkheid blijft rusten bij de overheid. Het is derhalve ten aanzien van het presteren van deze onderneming met een publieke taak wenselijk een bepaalde mate van overheidsinvloed te waarborgen, om het functioneren en de besluitvormingsprocessen te kunnen beïnvloeden met het oog op de behartiging van het publieke belang. Het *Mitbestimmungsrecht* dat sterker is dan de goedkeuringsrechten van de ondernemingsraad in het Nederlandse vennootschapsrecht maakt wellicht de idee dat de overheid ten behoeve van het publieke belang een bijzondere positie moet krijgen eenvoudiger te accepteren binnen het Duitse vennootschapsrechtelijke kader. Door het bestaan van het zogenoemde *Mitbestimmungsrecht* voor bepaalde groepen personen – inhoudende een aan een bepaald belang gekoppelde beïnvloedingsmogelijkheid – is de sterke positie van de overheid in overheidsondernemingen minder opzienbarend.

Met de *Einwirkungs-* of *Ingerenzpflicht* wordt in feite gewaarborgd dat overheidsinvloed stevig in de voor het publieke belang relevante ondernemingen wordt verankerd.

## 3 BELGIË

### 3.1 Algemeen

‘Wie in de toekomst wil kijken, moet naar België reizen. Het is misschien even wennen voor wie Nederland altijd als gidsland zag, maar voor sociologen, politicos en bestuurskundigen is België, en dan vooral Vlaanderen, een interessant studieobject’.<sup>48</sup>

---

48 Zie M. Bovens, ‘Voorland Vlaanderen. België als maatschappelijk model’, *De academische boekengids*, 2005/48, p. 15. Bovens beschrijft onder andere een boek van de auteurs M. Elchardus en W. Smits, *Anatomie en oorzaken van het wantrouwen*, Brussel: VUB-Press 2002,



Mijns inziens gaat deze stelling ook voor juristen op. Het Koninkrijk België verkeerde enige tijd in politiek bestuurlijk en staatsrechtelijk roerige tijden, maar met de beëdiging van Albert Delio Di Rupo anderhalf jaar na aanvang van de formatie lijkt de relatieve rust te zijn weergekeerd. Ondanks de vragen die de staatsrechtelijke crisis heeft opgeworpen over de bestuurlijke organisatie van het Koninkrijk, kan de bestudering van de wijze waarop overheidsinvloed is vormgegeven in het huidige Belgische systeem nuttig zijn. Met name de wijze waarop het Belgische recht invulling geeft aan de positie van de overheid binnen bepaalde ondernemingen is voor dit onderzoek interessant. Hier kunnen namelijk aanknopingspunten worden gevonden voor de vormgeving van overheidsinvloed in het Nederlandse rechtspersonenrecht. Een vergelijking van het Nederlandse recht met de vennootschapsrechtelijke mogelijkheden in het Belgische recht in het kader van dit onderzoek is zinvol, aangezien België een breder palet aan rechtsvormen kent dan Nederland.

In België zijn verschillende rechtsfiguren ingevoerd die aan het aldaar gevoelde tekort in de zogenoemde 'sociale economie' moesten voldoen. Op de website van de federale overheid lezen we:

'Sociale economie is een alternatief voor de klassieke economie. Deze alternatieve vorm van economie is niet uitsluitend gebaseerd op winst, maar steunt op de volgende belangrijke principes: autonomie van bestuur ten opzichte van de overheid; werkgelegenheid primeert op kapitaal bij de herverdeling van de winst; het doel is dienstverlening aan de leden en de maatschappij, die primeert op winst; een democratisch beslissingsproces en een ecologisch verantwoorde productie in een kader van duurzame ontwikkeling.'<sup>49</sup>

De in het Belgische recht bestaande rechtsfiguren – zoals de vereniging zonder winstoogmerk (VZW) en vennootschappen met sociaal oogmerk (VSO) – beogen alle een zeker maatschappelijk belang te behartigen.

Daarnaast kent het Belgische recht een specifieke kwalificatie van de vennootschapsvorm die kan worden ingesteld om publieke belangen te behartigen en aldus door de overheid wordt gebruikt, te weten de vennootschap van publiek recht. Omdat in het kader van dit onderzoek wordt onderzocht in hoeverre de overheid invloed uit kan oefenen op de behartiging van een publiek belang door *private* ondernemingen, verdient met name de in beginsel op het privaatrechtelijk vennootschapsrechtelijke kader gebaseerde 'naamloze vennootschap van publiek recht' nadere aandacht als model voor de mogelijke vormgeving van een Nederlandse overheidsonderneming. Hoewel België wat

---

waar de auteurs een negatief toekomstbeeld schetsen vanwege de vertrouwenscrisis in België. M. Hooghe is positiever over de ontwikkelingen in België. Zie M. Hooghe, *Sociaal kapitaal in Vlaanderen. Verenigingen en democratische politieke cultuur*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

49 Zie [http://www.belgium.be/nl/economie/sociale\\_economie/](http://www.belgium.be/nl/economie/sociale_economie/).

betreft vennootschapsvormen naast de naamloze vennootschap ook de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BVBA), de landbouwvennootschap, het Europees economisch samenwerkingsverband en de Europese vennootschap kent, wordt in dit onderzoek met name nader ingegaan op de naamloze vennootschap, al dan niet met de kwalificatie 'van publiek belang'. Ook de personenvennootschappen blijven buiten beschouwing.<sup>50</sup> De coöperatieve vennootschap wijkt niet dusdanig af van de in het Nederlandse rechtspersonenrecht geregelde equivalente figuur dat deze bespreking behoeft, en deze blijft derhalve achterwege.

Alvorens toe te komen aan de positie van overheidsbedrijven in de Belgische rechtsstaat, de wijze waarop het Belgische recht deze naamloze vennootschap van publiek recht heeft ingericht en hoe deze in beginsel publiekrechtelijke figuur binnen het vennootschapsrecht is ingebed, volgt een korte omschrijving van de andere Belgische, voor dit onderzoek relevante rechtsvormen.

### 3.2 De overheidsonderneming in het Belgisch staatsrechtelijk kader

Evenals in Nederland, is ook in België de verzelfstandiging van overheidsbedrijven voor en rond de eeuwwisseling een belangrijk thema op de politieke agenda. Hieraan lag ten grondslag de in hoofdstuk 5 besproken wens tot Europese economische eenwording, die veelal resulteerde in een verzelfstandiging van overheidsondernemingen. De overheidsondernemingen transformeerden ook in België van 'beschermde bedrijven met een administratieve status naar bedrijven die meer en meer zelfstandig geleid (werden) als commerciële entiteiten, al dan niet in overheidshanden.'<sup>51</sup>

Verskil met Nederland is echter dat in België een historisch gegroeide onwil om te privatiseren bestond en dat de onder Europese druk tot stand gekomen privatiseringen steeds werden vormgegeven binnen een wettelijk kader dat

---

50 Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen kent als personenvennootschapsvormen de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap, de stille handelsvennootschap, de vennootschap onder firma (VOF), de gewone commanditaire vennootschap (gcv) en de commanditaire vennootschap op aandelen.

51 Hoewel Spinnewijn in 2006 nog concludeerde dat 'Die tendens (...) duidelijk naar voren [kwam] in de door ons bestudeerde periode tussen 1997 en 2003, maar (...) duidelijk haar eindpunt nog niet [bereikte]' zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 6, nam het aantal participaties door de overheid in de marktsector de afgelopen jaren juist weer toe. Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, [http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP\\_HS\\_overheidspart\\_juli\\_2011\\_NL.pdf](http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf).

tegen privatisering was gericht.<sup>52</sup> Evenals in Nederland lijkt tegenwoordig in België weer een grotere nadruk te liggen op de invulling van (bestaande) bevoegdheden voor de overheid (bijvoorbeeld op het terreinen van beloningen van de bestuurders van dergelijke vennootschappen) dan op de wens verder te privatiseren.<sup>53</sup>

Met betrekking tot de bevoegdheid van Belgische (lagere) overheden om deel te nemen in ondernemingen of om rechtspersonen op te richten, moet het volgende over de staatsrechtelijke of federale bevoegdhedenstructuur worden gezegd. Naast de ontwikkeling dat België – evenals andere EU lidstaten – delen van haar soevereiniteit aan de EU heeft afgestaan, is in België een gecompliceerde bevoegdhedenstructuur gegroeid. Hierdoor heeft de federale overheid veel van haar bevoegdheden aan andere overheden verloren. Sinds de jaren zeventig is een hervormingsproces gaande waardoor de eenheidsstaat België geleidelijk is omgevormd tot een federale staat.<sup>54</sup> België is nu een federale Staat, samengesteld uit de gemeenschappen en de gewesten.<sup>55</sup> Er zijn drie gemeenschappen (de Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap) en drie gewesten (het Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest).<sup>56</sup> Aan het hoofd van de federatie staat de Koning. Een aanzienlijk deel van de federale bevoegdheden is overgedragen aan de gewesten en gemeenschappen.<sup>57</sup> Tussen de verschillende niveaus bestaat in beginsel geen hiërarchie.

---

52 Zie W. Devroe, 'Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht', *jura falconis*, 2000/37, nr. 3, p. 299.

53 Zie bijvoorbeeld een voorstel van de minister van Overheidsbedrijven om het salaris van bestuurders van overheidsondernemingen te maximeren op €290.000,-. Zie het wetsvoorstel van 14 november 2012, betreffende de bezoldiging van de personeelsleden en van de mandatarissen van de instellingen van openbaar nut, van de autonome overheidsbedrijven en de rechtspersonen waarop de Staat rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed uitoefent, als natuurlijke persoon, *Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers* 2012/13 DOC 53, 2445/004.

54 De grondwet is verschillende keren aangepast met het oog op deze staatshervormingen. In 1970 is het einde van de unitaire staat in de grondwet vastgelegd en in 1993 is een grote stap naar een federale staat gemaakt. Belangrijke wijzigingen van de grondwet met het oog op de hervorming van de staat vonden plaats in de jaren 1970, 1980, 1988, 1993 en 2001-2003. De na de in 2008 ontstane crisis in 2011 onder leiding van Elio Di Rupo overeengekomen zesde staatshervorming lijkt door de overdracht van meer bevoegdheden van federaal niveau naar de gewesten en gemeenschappen een verdere ontvlechting van België te veroorzaken.

55 Zie art. 1 van de Belgische Grondwet. De Grondwet is te raadplegen via de website [http://www.senate.be/doc/const\\_nl.html](http://www.senate.be/doc/const_nl.html).

56 Zie respectievelijk art. 2 en 3 van de Belgische Grondwet.

57 Zie de 'Bijzondere wet tot hervorming der instellingen' welke werd aangenomen op 8 augustus 1980 en verscheen in het Belgisch Staatsblad van 15 augustus 1980. Overeenkomstig haar art. 95 trad deze in werking op 1 oktober 1980. Daarnaast bestaan er bovendien nog provincies en gemeenten, met ieder hun eigen bevoegdheden. Zie art. 5 en 6 Belgische Grondwet.

De interne bevoegdhedenverdeling is beknopt weergegeven als volgt. De bevoegdheden met betrekking tot nationale aangelegenheden, zoals defensie, rechtspraak, buitenlandse zaken en het sociale zekerheidsstelsel, komen in beginsel toe aan de federale staat.<sup>58</sup> Ook het economische en monetaire systeem vallen onder de federale verantwoordelijkheid. De overige bevoegdheden zijn verdeeld tussen de verschillende gewesten en gemeenschappen, die hun bevoegdheden in beginsel geheel onafhankelijk van elkaar kunnen uitoefenen.<sup>59</sup> De drie gewesten hebben bevoegdheden met betrekking tot zaken als de lokale economie, ruimtelijke ordening, openbare werken en het milieu, terwijl de gemeenschappen bevoegdheden hebben met betrekking tot zaken die op het culturele vlak liggen.<sup>60</sup> Het Grondwettelijk Hof waakt erover dat wetgeving van de federale regering, de gemeenschappen en gewesten deze bevoegdheidsverdeling eerbiedigt.

De hierboven opgesomde bevoegdheden geven zowel de federale staat, als de gewesten en gemeenschappen de mogelijkheid om (overheids)ondernemingen op te richten. De federale staat, de gemeenschappen en de gewesten nemen dus afzonderlijk deel aan het economische rechtsverkeer en borgen (verschillende) publieke belangen. Zo heeft de federale overheid een aandeel in vennootschappen als Belgacom, bpost (tot 2011 De Post)<sup>61</sup> en The Brussels Airport

---

58 Maar de gewesten en gemeenschappen hebben ook steeds een eigen bevoegdheid. Zo kunnen de gemeenschappen en gewesten verdragen sluiten met betrekking tot zaken waartoe zij bevoegd zijn. Zie art. 167 lid 1 Belgische Grondwet.

59 Zie voor een helder en beknopt overzicht van de Belgische staatsinrichting: C. van der Elst, *Management, decision-making and supervision of Belgian state owned enterprises: an inefficient patchwork?*, Financial Law Institute, Universiteit Gent 2006, i.h.b. p. 3 e.v. en Van Bael en Bellis, *Business Law Guide to Belgium*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 1-24. De bevoegdheden van de federale staat zijn te verdelen in drie hoofdgebieden: 1. Specifiek aan de staat toegekende bevoegdheden als de defensie- en politietaken; 2. bevoegdheden toegekend in uitzondering op de regionale en gewestelijke bevoegdheden, veelal in verdragen vastgelegde verplichtingen; 3. restbevoegdheden.

In het algemeen kan gesteld worden dat de federale regering bevoegd is gebleven met betrekking tot alle zaken die vallen binnen het algemeen belang zoals financiën, monetair beleid, defensie, rechtspraak, buitenlandsbeleid en sociale zekerheid. Ook het vennootschapsrecht blijft een federale bevoegdheid.

De drie gewesten hebben bevoegdheden met betrekking tot culturele zaken, onderwijs, zaken die op de persoonlijke levenssfeer zien (inclusief gezondheidszorg) en de taal. De regio's hebben een in de wet van 8 augustus 1980 opgesomde lijst aan bevoegdheden. Deze bevoegdheden hebben onder meer betrekking op de waterhuishouding, agrarisch beleid, economisch beleid, werkgelegenheid, publieke werken en vervoer. Sinds 2002 vallen ook buitenlandse handel, visserij en de inrichting van gemeenten onder de bevoegdheid van de regio's.

60 Zie voor de bevoegdheden van de Gemeenschappen art. 38 en 39 van de Belgische Grondwet. De Regeling met betrekking tot de Gewesten is neergelegd in de 'Bijzondere wet op de hervorming der instellingen'.

61 Zie <http://www.bpost.be/site/nl/postgroup/bpost/index.html>.

Company.<sup>62</sup> Maar ook gewesten of gemeenschappen zijn in veel ondernemingen als meerderheids- of enig aandeelhouder aanwezig.<sup>63</sup>

De federale Staat heeft echter enkele additionele bevoegdheden met betrekking tot overheidsondernemingen zoals geregeld in de hierna in paragraaf 3.5 te bespreken autonome overheidsbedrijvenwet. Deze zijn gecentraliseerd bij de minister van overheidsbedrijven zoals wordt besproken in paragraaf 3.6. Er is naast het instrument van overheidsaandeelhouderschap tevens een groot aantal andere rechtsfiguren voor overheidsinvloed. Volgens Alen en Devroe zijn er zelfs 18 verschillende soorten gemengd publiek-privatrechtelijke rechtspersonen aan te wijzen.<sup>64</sup> Denk daarbij aan parastatalen of (autonome) instellingen van openbaar nut,<sup>65</sup> intercommunale verenigingen van gemeenten,<sup>66</sup> regies,<sup>67</sup> openbare instellingen,<sup>68</sup> autonome overheidsbedrijven en naamloze vennootschappen van publiek recht. Op gemeentelijk niveau bestaan voorts onder andere gemeentebedrijven en Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn (OCMW). Ten slotte bestaat ook nog de mogelijkheid voor de verschillende rechtspersonen om, zoals in paragraaf 3.4.2 van dit hoofdstuk wordt besproken, aangemerkt te worden als vennootschappen met een sociaal oogmerk.

62 Zo heeft de Belgische Staat nog een belang van 25% in deze vennootschap, zie [http://www.brusselsairport.be/nl/corporate/our\\_company/Mission\\_Vision\\_Values/](http://www.brusselsairport.be/nl/corporate/our_company/Mission_Vision_Values/).

63 Zo heeft bestuur van de gemeente Gent aangegeven dat het autonoom gemeentelijk havenbedrijf van Gent wordt omgezet in een naamloze vennootschap van publiek recht, om de samenwerking met de havens van Terneuzen en Vlissingen en andere private partijen te vergemakkelijken. Vanzelfsprekend verschilt de positie van de overheid bij dergelijke verschillende rechtsvormen. Zie het bericht op de website van de Zeeland Port Promotion Council: <http://zppc.nl/index.php/news/122-havenbedrijf-gent-wordt-nv-van-publiek-recht>.

64 A. Alen en W. Devroe, *Verzelfstandiging van bestuurstaken in België*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 172.

65 Dit is een specifiek in België gebruikte term voor een op afstand geplaatste overheidsinstelling, het beste te vergelijken met het Nederlandse agentschap of zelfstandige bestuursorgaan. Voorbeelden zijn het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV) en de Belgische Regie der Gebouwen.

66 Een intercommunale is in beginsel een vereniging van gemeenten. In de zogenoemde zuivere intercommunale, kunnen ook private partijen deelnemen in welk geval men spreekt van een gemengde intercommunale. De meeste intercommunales zijn openbare instellingen. Zie W. Devroe, *Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen*, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32- 33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

67 Denk aan de reeds genoemde Regie der Gebouwen en voorheen de Regie der posterijen.

68 Openbare instellingen zijn publiekrechtelijke rechtsvormen waarin ondernemingen een statutaire opdracht vervullen van commerciële, financiële of industriële aard. Zie W. Devroe, *Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen*, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32- 33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

Het deelnemen in het aandelenkapitaal van verschillende rechtspersonen door de Belgische overheden is niet wezenlijk anders dan de wijze waarop de Nederlandse Staat en de decentrale overheden deelnemen aan het rechtsverkeer. Bijzondere verschillen tussen de mogelijkheden van de Nederlandse en Belgische rechtspersonen komen naar voren bij bestudering van de regelingen van de verschillende rechtsvormen. Hieronder wordt eerst nader ingegaan op het algemene kader van het Belgische vennootschapsrecht.<sup>69</sup>

### 3.3 Het Belgisch kader voor rechtspersonen

België kent geen specifiek voor de rechtspersoon geschreven wetboek, zoals dat in Nederland wel bestaat. De meeste Belgische rechtspersonen hebben een belangrijke, gezamenlijke grondvorm, namelijk die van de vereniging. Van Gerven geeft de volgende definitie van de Belgische vereniging:

‘Wanneer twee of meer personen overeenkomen om samen te werken op een voet van gelijkheid, teneinde een gezamenlijk doel te verwezenlijken, en ze daarvoor hun kennis, werk of activa in gemeenschap brengen, ontstaat een vereniging.’<sup>70</sup>

Onder het begrip vereniging in ruime zin vallen in België derhalve zowel de in het Wetboek van Vennootschappen geregelde vennootschappen als de onder de Wet op de verenigingen en stichtingen vallende vereniging zonder winstoogmerk (de vereniging in enge zin).<sup>71</sup> In de volgende paragraaf komt deze vereniging zonder winstoogmerk kort aan de orde om deze uit te sluiten als vehikel voor de overheidsonderneming.<sup>72</sup> Alvorens vervolgens toe te komen

---

69 De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de beroepsverenigingen blijven buiten beschouwing omdat zij buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Zie uitgebreid over de verenigingen zonder winstoogmerk: D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Biblio 2004 Kalmthout.

70 Zie D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 31 en H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 10.

71 Deze ruime omschrijving van het genus vereniging omvat zowel de vennootschap als de vereniging in de enge zin, namelijk die zonder winstoogmerk. In deze ruime betekenis omvat de vereniging ook het Europees economisch samenwerkingsverband dat geen vennootschap is. D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 31

72 De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en de beroepsverenigingen blijven buiten beschouwing. Zie uitgebreid over de verenigingen zonder winstoogmerk: D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004.

aan de vereniging *met* winstoogmerk, althans de vennootschap, volgen enige opmerkingen over de stichting waarin eventueel een overheidsonderneming gedreven zou kunnen worden.

### 3.3.1 De vereniging zonder winstoogmerk

Artikel 1 van de Wet op de verenigingen en stichtingen bepaalt dat de Vereniging zonder winstoogmerk (hierna: VZW) een vereniging is 'welke niet nijverheids- of handelszaken drijft en welke niet tracht een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen.' De VZW komt sterk overeen met de in het Nederlandse rechtspersonenrecht geregelde verenigingsfiguur, met dien verstande dat de VZW – in tegenstelling tot de ietwat ruimer geformuleerde Nederlandse vereniging – in beginsel geen winstoogmerk mag hebben en geen essentiële handelsactiviteit mag ontwikkelen.<sup>73</sup> Ook wanneer de VZW een ondergeschikte handelsactiviteit ontwikkelt is zij niet verplicht om zich in te schrijven in het handelsregister, aangezien zij niet wordt gezien als 'handelaar'.<sup>74</sup> Eventuele winst die behaald wordt, dient omwille van 'het belangeloos oogmerk' te worden aangewend voor het doel waarvoor de VZW is opgericht.<sup>75</sup>

De Nederlandse vereniging mag daarentegen wel ondernemingsactiviteiten ontplooiën en een winstoogmerk hebben, zolang er maar geen winst wordt uitgekeerd.<sup>76</sup> De beperkte ruimte om aan het handelsverkeer deel te nemen, maakt de Belgische rechtsvorm mijns inziens ongeschikt om een (overheids)-onderneming in te drijven. Door de omschrijving in artikel 1 Wet op de verenigingen en stichtingen wordt de rechtsbevoegdheid van de VZW dusdanig

---

73 Geregeld in de eerste titel van de 'Wet betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen' (VZW-wet). In deze wet wordt in de tweede titel bovendien een onderscheid gemaakt tussen de 'stichting van openbaar nut' en de 'private stichting'. Art. 27 VZW-wet luidt: 'Een stichting kan worden erkend als zijnde van openbaar nut indien zij gericht is op de verwezenlijking van een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard', te raadplegen via de website <http://www.juridat.be>.

74 Zie D. van Gerven, *Handboek verenigingen. De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 40. Het is weliswaar mogelijk dat een VZW op beperkte schaal ondernemingsactiviteiten verricht zolang ze dat maar binnen de door de jurisprudentie gestelde eisen doet. Deze economische activiteiten dienen noodzakelijk te zijn voor de verwezenlijking van het ideële doel, en belangrijker te zijn dan de niet-economische activiteiten en de opbrengsten dienen te worden aangewend om het ideële oogmerk te realiseren. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 11.

75 D. van Gerven, *Handboek verenigingen De verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk, de beroepsverenigingen en de buitenlandse verenigingen*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 39.

76 Zie art. 2:26 lid 3 BW.

beperkt dat ook deze als rechtsvorm voor de overheidsonderneming niet de meest geëigende lijkt. De beperking dat de rechtspersoon geen winstoogmerk mag hebben, past weliswaar bij de wens van de borging van publieke belangen aangezien er een spanningsveld kan bestaan tussen het doel van winstmaximalisatie en de borging van deze belangen. Het is immers mogelijk dat de behartiging van publieke belangen niet winstgevend is en ten koste gaat van winstmaximalisatie. Echter, indien vooraf vanwege de rechtsvorm reeds is bepaald dat de onderneming die daarin wordt gedreven geen winstoogmerk mag hebben, lijkt dit een beperking die het wezenlijke karakter van een onderneming geweld aandoet.

De VZW is derhalve mijns inziens evenmin als de Nederlandse verenigingsvorm geschikt om een onderneming in te drijven. Problematisch voor het onderbrengen van een overheidsonderneming is bovendien dat de VZW alleen kan worden opgericht door natuurlijke personen, zodat deze rechtsvorm niet in het leven kan worden geroepen door bijvoorbeeld één van de Belgische overheden. Wel zou de overheid eventueel lid kunnen worden van de vereniging, maar aldus heeft de overheid geen sterke positie in de organisatiestructuur om de borging van de desbetreffende publieke belangen te garanderen.<sup>77</sup>

Kortom, indien een overheidsonderneming zou worden ondergebracht in deze rechtsvorm is er enerzijds de onnodige absolute beperking dat de onderneming geen winstoogmerk mag hebben, en is anderzijds de positie van (de overheid als) lid beperkt om een afdoende waarborg van het publieke belang te kunnen garanderen.

### 3.3.2 *De private stichting en de stichting van algemeen nut*

In de Wet op de verenigingen en stichtingen wordt een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende stichtingsvormen, te weten de private stichting en de stichting van openbaar nut.<sup>78</sup> De stichtingen die op grond van deze wet

---

<sup>77</sup> Interne overheidscontrole is organisatorisch gezien alleen mogelijk indien de overheid ofwel lid van het bestuur is, ofwel een bestuurder van overheidswege kan benoemen en ontslaan.

<sup>78</sup> Bij Wet van 2 mei 2002 is de Wet van 27 juni 1921 op de Verenigingen en Stichtingen grondig gewijzigd. De bepalingen met betrekking tot de stichtingen zijn neergelegd in titel II van de Wet op de Verenigingen en Stichtingen, zie het Belgisch Staatsblad van 11 december 2002. De private stichtingsvorm is als evenbeeld van de in Nederland in Boek 2 BW neergelegde stichtingsvorm bij Wet van 2 mei 2002 door de Belgische wetgever ingevoerd. De hoofdreden voor deze aanvulling van het Belgische vennootschapsrecht was dat een gemis werd gevoeld, doordat bij de Belgische stichting van openbaar nut, het belangeloos karakter van het doel voorop stond. Een voordeel van de stichtingsfiguur in Nederland was dat in het geval van certificering, de stichting als rechtsvorm kon worden aangewend voor het administratiekantoor. De figuur van de private stichting die op de Nederlandse stichting is gebaseerd, voorzag derhalve in een lacune omdat met deze stichtingsfiguur wel economische activiteiten, ondernemingsactiviteiten ten behoeve van de behartiging van de certificaathoudersbelangen, mogen worden uitgeoefend, zolang dit maar niet gebeurt met een 'winstzoekend oogmerk'. Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse*



niet als stichting van openbaar nut vallen aan te merken, zijn zogenaamde private stichtingen.<sup>79</sup> De stichting van openbaar nut is op grond van artikel 27 van de Wet op de verenigingen en stichtingen gericht op:

‘de verwezenlijking van een werk van filantropische, levensbeschouwelijke, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische of culturele aard’.

De stichting van openbaar nut is de opvolger van de ‘instelling van openbaar nut’. Om verwarring te voorkomen met de overheidsbedrijven bedoeld in de ‘Wet betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’,<sup>80</sup> is de naam van deze rechtsvorm veranderd in stichting van openbaar nut.<sup>81</sup> Deze rechtsvorm doet sterk denken aan de in Nederland voorgestelde maatschappelijke onderneming en kan op de in paragraaf 3.2 van hoofdstuk 1 genoemde gronden derhalve verder buiten beschouwing blijven.

Over de private stichting als mogelijke rechtsvorm voor de overheidsonderneming kort het volgende. De stichting kan worden opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen.<sup>82</sup> Evenals de VZW-rechtsvorm kan de stichting in beginsel geen stoffelijk voordeel nastreven.<sup>83</sup> Ondanks het belangeloos karakter van de stichting, kunnen de activiteiten van de stichting echter wel bedrijfsmatig zijn, zelfs in zoverre dat er sprake is van het drijven van een onderneming. Enerzijds lijkt de Belgische wetgever deze gang van zaken te honoreren, omdat deze praktijk in sommige gevallen

---

*stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

79 De stichting van openbaar nut moet worden erkend bij Koninklijk Besluit met daaraan gekoppeld de goedkeuring van de statuten door de Minister van Justitie. Een stichting die niet valt onder de Wet op de verenigingen en Stichtingen mag de naam private stichting niet voeren. Zij mogen slechts de rechtsvorm ‘stichting’ gebruiken. D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 45-46.

80 Zie de Wet van 16 maart 1954.

81 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 35

82 Art. 27 van de Wet op de Verenigingen en Stichtingen geeft de volgende definitie van de stichting: ‘Een stichting wordt opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen waarbij een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel. De stichting mag geen stoffelijk voordeel verschaffen aan de stichters, de bestuurders, of enig ander persoon, behalve, in dit laatste geval, indien dit kadert in de verwezenlijking van het belangeloos doel.’

83 Een verschil is dat de VZW alleen kan worden opgericht door natuurlijke personen. Daarbij heeft de stichting geen leden zoals de vereniging die kent en ook geen vennoten. Door het ontbreken van samenwerking tussen leden of vennoten, valt de stichting niet onder de definitie van de ruime vereniging zoals we die in de vorige paragraaf hebben gezien. De stichting valt in geen geval te kwalificeren als een subcategorie van de vereniging, maar deze staat als afzonderlijke rechtsfiguur naast de vereniging in de ruime zin. Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 27.

wettelijk wordt gefaciliteerd. Zo zijn stichtingen die een grote onderneming drijven gebonden aan bepaalde bepalingen uit het ondernemingsrecht.<sup>84</sup> Zij dienen de boekhouding en jaarrekening van hun onderneming ieder jaar te laten controleren door een commissaris.<sup>85</sup> Anderzijds wordt de stichting – evenals de VZW – in beginsel niet als deelnemer aan het handelsverkeer gezien en is inschrijving van de onderneming in het handelsregister niet mogelijk.<sup>86</sup> Bovendien handelt een stichting die uitsluitend handelsactiviteiten uitvoert in strijd met haar materiële kenmerken en kan aldus ontbinding worden gevorderd wegens schending van de wet.<sup>87</sup>

De stichting mag dus wel een zogenaamde economische activiteit voeren, maar niet met winstzoekend oogmerk.<sup>88</sup> De Nederlandse wet lijkt soepeler. Op grond van artikel 2:285 lid 3 BW mogen Nederlandse stichtingen wel een winstoogmerk hebben, zolang de gemaakte winsten maar niet worden uitgekeerd in strijd met het uitkeringsverbod, dat wil zeggen zonder dat ze een ideële of sociale strekking hebben. Maar omdat de beperking met betrekking tot het winstoogmerk zodanig wordt uitgelegd dat de (Belgische) stichting de inkomsten uit haar activiteiten moet aanwenden voor een belangeloos doel dat in de statuten is omschreven<sup>89</sup> en voldaan wordt aan deze eis met betrekking tot het belangeloos oogmerk zolang een eventuele vermogensverbetering maar een nevendoeel is als gevolg van het belangeloos hoofddoel, lijken de verschillen tussen de Belgische en Nederlandse stichting niet groot.<sup>90</sup> Gelijk

---

84 Dit geldt tevens voor VZW's, internationale verenigingen zonder winstoogmerk (IVZW's) en vennootschappen. De criteria voor een 'grote' stichting zijn te vinden in art. 37 lid 5 Wet V&S. Het betreft onder andere het aantal werknemers in dienst van de stichting (meer dan 100) en de hoogte van het balanstotaal (meer dan €3.650.000). Bovendien moet een stichting die gemiddeld 100 werknemers in dienst heeft een ondernemingsraad instellen.

85 Zie art. 37 Wet V&S.

86 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 53. Zie in vergelijkbare zin voor de vereniging H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 10.

87 Zie art. 39 Wet op de verenigingen en stichtingen.

88 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

89 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Kalmthout: Biblio 2004, p. 50.

90 Zie D. van Gerven, *Handboek stichtingen. De private stichting, de stichting als administratiekantoor, de stichting van openbaar nut en de buitenlandse stichting*, Biblio 2004 Kalmthout, p. 51 dat luidt: 'De oprichting van een private stichting om het familiaal karakter van een vennootschap te handhaven kadert al moeilijker in de traditionele benadering van onderscheid tussen winstoogmerk en belangeloos oogmerk. Immers, de stichting zal in zulk geval noodzakelijkerwijze haar vermogen dat bestaat uit een aandelenparticipatie in een vennootschap, beheren in het economische belang van de familie, en derhalve een verbetering van de vermogenspositie van de familie nastreven. De verklaring ligt hierin dat het verbod om een stoffelijk voordeel te verschaffen enkel niet geldt indien het kadert in het belangeloos

de Nederlandse stichting, lijkt de Belgische stichting aldus niet primair bedoeld te zijn om een onderneming – al dan niet overheidsonderneming – in te drijven.

### 3.4 Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen

De Belgische rechtsfiguren die zijn te vergelijken met de Nederlandse kapitaalvennootschappen vallen in de Belgische systematiek onder het begrip ‘verenigingen met winstoogmerk’.<sup>91</sup> Om tegemoet te komen aan de kritiek dat het Belgische vennootschapsrecht een versnipperd geheel vormde aangezien het in verschillende regelingen was neergelegd, is in 2001 het Wetboek van Vennootschappen (W.Venn) inwerking getreden.<sup>92</sup> Op de maatschap,<sup>93</sup> de tijdelijke handelsvennootschap<sup>94</sup> en de stille handelsvennootschap<sup>95</sup> na, hebben alle in het Wetboek van Vennootschappen geregelde rechtsvormen rechtspersoonlijkheid.

In theorie kunnen bedrijven in handen van de overheid opteren voor alle in het Wetboek van Vennootschappen neergelegde rechtsvormen. Desalniettemin blijkt in de praktijk bij de overheid in beginsel een voorkeur te bestaan om

---

doel. Met andere woorden de verbetering van de vermogenspositie van zij wier familiaal vermogen alzo wordt beheerd, mag niet de hoofdbedoeling zijn. Indien de hoofdbedoeling ligt in het behoud van het familiaal karakter of de stabiliteit van de vennootschap, is de vermogensverbetering een nevendoeel, een gevolg van het belangeloos hoofddoel. Enkel in dat geval heeft de stichting geen winstoogmerk.’

91 Deze laatste groep omvat de vennootschappen die worden beheerd door het Wetboek van Vennootschappen. De vereniging in enge zin streeft zoals hier boven gezien geen winst voor haar leden na. De vennootschap veronderstelt echter wel een op winst gerichte samenwerking; een bedrijvigheid gericht op de verwezenlijking van vermogens voordelen. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 9 e.v.

92 Zie voor de invoering *Belgisch Staatsblad* 6 augustus 1999 en voor de inwerkingtreding *Belgisch Staatsblad* 6 februari 2001. Na de inleidende bepalingen (Boek 1) met onder andere bepalingen over de vennootschap en rechtspersoonlijkheid en de ‘bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen’ in Boek 2, worden achtereenvolgens regelingen gegeven met betrekking tot de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap (Boek 3), de vennootschap onder firma en de gewone commanditaire vennootschap (Boek 5), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Boek 6), de coöperatieve vennootschap (Boek 7), de naamloze vennootschap (Boek 8), de commanditaire vennootschap op aandelen (Boek 9), de vennootschappen met een sociaal oogmerk (Boek 10). In de Boeken 13, 14 en 15 wordt respectievelijk een regeling gegeven voor de landbouwvennootschap, het economisch samenwerkingsverband en de Europese vennootschap.

93 Art. 46 W.Venn.

94 Art. 47 W.Venn.

95 Art. 48 W.Venn.

een onderneming te drijven in de naamloze vennootschapsrechtsvorm.<sup>96</sup> Voor deze naamloze vennootschappen kunnen op grond van specifieke wetten andere regels gelden dan de regels die zouden gelden op grond van het Wetboek van Vennootschappen. Indien de desbetreffende bijzondere wetten echter over een bepaald punt zwijgen, is steeds het algemene vennootschapsrecht van toepassing. Om deze reden zal ik alvorens nader in te gaan op de specifieke wetten met betrekking tot overheidsvennootschappen in paragraaf 2.5, hieronder de algemene naamloze vennootschapsfiguur voorzover relevant bespreken.

### 3.4.1 De Belgische naamloze vennootschap

Van de overheidsparticipaties wordt het grootste deel genomen in de privaatrechtelijke rechtsvorm van de naamloze vennootschap.<sup>97</sup> De bepalingen met betrekking tot de naamloze vennootschap zijn neergelegd in Boek 8, artikelen 437 tot en met 653 W.Venn. Ondanks verschillen is de strekking van veel bepalingen onder invloed van Europese richtlijnen en verordeningen sterk vergelijkbaar met de bepalingen zoals we die voor de Nederlandse naamloze vennootschap kennen. Derhalve beperk ik mij tot een bespreking van de verschillende in Belgische naamloze vennootschap bestaande organen die het meest relevant zijn voor de bestudering van de overheidsonderneming, te weten het bestuur, het directiecomité en de algemene vergadering van aandeelhouders. Ik richt mij hierbij vooral op de verschillen met het Nederlandse recht, zoals het in België in beginsel gehanteerde monistische model met een *one tier-board*.

#### *Het bestuur; monistisch model*

Het bestuur van een Belgische naamloze vennootschap is op grond van de artikelen 517 en 518 W.Venn in handen van ten minste drie natuurlijke of rechtspersonen.<sup>98</sup> Deze bestuurders worden op grond van artikel 55 lid 4 W.Venn voor maximaal zes jaar door de algemene vergadering van aandeel-

---

96 Wanneer het bedrijfsmatige karakter niet de boventoon speelt, heeft de Belgische overheid echter zeer ruime, volgens sommigen zelfs te ruime mogelijkheden in de keuze voor een rechtsvorm. Zie reeds *De Financieel Economische Tijd*, 3 januari 2000, 'Overheid verliest greep op verzelfstandiging bestuurstaken', interview met A. Alen en W. Devroe.

97 Zie paper van het Federaal Planbureau (FPB) van België, H. Spinnewijn, 'Overheidsparticipaties in de marktsector in België', Planning Paper 87, p. 32-33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

98 De verplichte meerhoofdigheid is te verklaren door het feit dat de naamloze vennootschap aanvankelijk bestemd was als rechtsvorm voor de grote vennootschappen. Zie B. Tilleman, 'Interne werking van de raad van bestuur', in: B. Allemeersch, V. Sagaert et al, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Intersentia: Antwerpen-Oxford 2010, p. 111-112. Er geldt een uitzondering voor vennootschappen opgericht door twee personen of vennootschappen met twee aandeelhouders: de raad van bestuur mag bij deze vennootschappen uit slechts twee personen bestaan.

houders benoemd.<sup>99</sup> Tenzij de oprichtingsakte anders bepaalt, zijn zij herbenoembaar.<sup>100</sup> Het bestuur is onbeperkt bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. De statuten kunnen de vertegenwoordigingsbevoegdheid uitbreiden en aan een of meer bestuurders de bevoegdheid verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap te vertegenwoordigen.<sup>101</sup> De statuten kunnen bovendien de mogelijkheid bevatten om een dagelijks bestuur in te stellen.<sup>102</sup> Bepaalde beslissingen van de raad van bestuur van een aan de beursgenoteerde vennootschap zijn aan nadere regels gebonden en dienen voorafgaand te worden beoordeeld door een comité van drie onafhankelijke bestuurders.<sup>103</sup>

#### *Het directiecomité; dualistisch model*

Van oorsprong kent het Belgische systeem voor de naamloze vennootschap een monistisch bestuur. Sinds 2002 kunnen vennootschappen echter ook kiezen voor een dualistisch systeem.<sup>104</sup> Op grond van artikel 524bis W.Venn. kan het bestuur – als de statuten dat toelaten – een directiecomité instellen waaraan bestuurstaken worden overgedragen. Door een verschil tussen de Nederlandstalige versie en de Franstalige versie van de Belgische Corporate Governance Code is het onduidelijk of het een delegatie van bevoegdheden betreft waardoor het bestuur zelf ook nog bevoegd blijft om de gedelegeerde taken uit te voeren, of dat het bestuur deze taken door de overdracht prijsgeeft.<sup>105</sup> Het bestuur blijft wel zonder twijfel bevoegd op het terrein van het algemeen beleid en op de terreinen die op grond van de statuten aan het bestuur zijn voorbehouden. Bovendien is het bestuur belast met de controle op het directiecomité.<sup>106</sup> Het directiecomité bestaat uit meerdere personen. Typisch voor het Belgische systeem is dat leden van het bestuur kunnen toetreden tot het

---

99 De Belgische *corporate governance* code schrijft een maximum van vier jaar voor. De meeste beursgenoteerde bedrijven houden zich aan deze termijn. C. Van der Elst, 'Corporate governance op het snijvlak tussen wetgeving en aanbeveling', Financial Law Institute, universiteit Gent, *Maandschrift Accountancy & Bedrijfskunde* 2006, p. 11. Ook in België is een Commissie corporate governance in het leven geroepen om een corporate governance code te schrijven. In december 2004 is de uiteindelijke Belgische code gepubliceerd. Verschil met de Nederlandse code Tabaksblat is dat de Belgische code niet wettelijk is verankerd. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 320-321. Zie voor de meeste recente versie de website [www.Corporategovernancecommittee.be](http://www.Corporategovernancecommittee.be).

100 Art. 520 W.Venn.

101 Art. 522 lid 2 W.Venn.

102 Zie art. 525 W.Venn.

103 Art. 524 lid 2 W.Venn.

104 Bij Wet van augustus 2002. Dit is mede in het licht van het ook in België gevoerde corporate governance debat. Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 292.

105 Zie H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 293 en de aldaar genoemde literatuur. Materieel gezien zou het bestuur volgens sommigen concurrerend bevoegd blijven.

106 Art. 524bis W.Venn.

directiecomité. Zelfs alle leden van het directiecomité kunnen tevens bestuurders zijn.<sup>107</sup> De statuten kunnen aan een of meer leden van het directiecomité de bevoegdheid verlenen om de vennootschap te vertegenwoordigen. Vanwege deze verstrekkendheid van de bevoegdheden en de onduidelijkheid met betrekking tot de resterende bevoegdheden voor het bestuur, lijkt een dergelijke uitgebreide bevoegdheid bij een overheidsonderneming niet aan te bevelen.

#### *Algemene vergadering van aandeelhouders*

De Belgische aandeelhoudersvergadering wordt door de Belgische vennootschapswet zonder twijfel als het hoogste orgaan binnen de vennootschap beschouwd. Waar in de Nederlandse literatuur wordt gesproken over een restbevoegdheid voor de vergadering van aandeelhouders naast de bevoegdheden van de andere organen, bepaalt artikel 531 W.Venn expliciet:

‘De algemene vergadering van aandeelhouders heeft de meest uitgebreide bevoegdheid om de handelingen die de vennootschap aangaat, te verrichten of te bekrachtigen.’

Het is derhalve niet opmerkelijk dat de overheid binnen bepaalde vennootschappen een aanzienlijke positie in het aandelenkapitaal wenst aan te houden teneinde het publiek belang te kunnen behartigen. Ik kom terug op de sterke positie van de vergadering van aandeelhouders bij de bespreking van de overheid als aandeelhouder in paragrafen 3.5 en 3.6.

#### *3.4.2 Vennootschappen met sociaal oogmerk*

Alle in het Belgische Wetboek van Vennootschappen geregelde rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid<sup>108</sup> kunnen in beginsel opteren voor de modaliteit ‘met sociaal oogmerk’. Deze vennootschappen met sociaal oogmerk (ook: VSO) mogen echter niet gericht zijn op de verrijking van hun vennoten en de statuten moeten aan bepaalde in de wet neergelegde eisen voldoen.<sup>109</sup> Verwarrend is mijns inziens dat ook de hierna in paragraaf 3.5.1 te behandelen vennootschappen van publiek recht, kunnen opteren voor deze modaliteit ‘met sociaal

---

107 Zie art. 524bis lid 2 W.Venn en H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Cambridge Intersentia 2012, p. 294.

108 Zie art. 661 W.Venn. Een uitzondering bestaat voor de Europese vennootschappen en de Europese coöperatieve vennootschappen.

109 Het in paragraaf 1.3.1 besproken verbod bij de vereniging zonder winstoogmerk (VZW) om een essentiële handelsactiviteit te mogen ontwikkelen, heeft in België geleid tot de invoering van deze figuur. Derhalve bestaat er in België naast een ‘NV met sociaal oogmerk’ tevens de mogelijkheid een BVBA met sociaal oogmerk’ of een ‘VOF met sociaal oogmerk’ op te richten.

oogmerk'.<sup>110</sup> Het is aldus mogelijk om een 'NV van publiek recht met sociaal oogmerk' te drijven,<sup>111</sup> hetgeen de overzichtelijkheid van het toepasselijk rechtskader voor dergelijke overheidsondernemingen niet ten goede komt.<sup>112</sup>

In de literatuur was men bij de invoering ook niet onverdeeld positief over de vennootschap met sociaal oogmerk:

'Aldus wordt een merkwaardige tussenvorm gecreëerd tussen de klassieke vennootschap, gekenmerkt door een winstoogmerk en de klassieke vereniging, waarin het enerzijds verboden is winst uit te keren onder de leden en anderzijds verboden is een belangrijke handelsactiviteit te ontwikkelen.'<sup>113</sup>

Deze kritiek op de vennootschap met sociaal oogmerk doet mij sterk denken aan de discussie rondom de in Nederland bij bepaalde politieke partijen gevoelde wens tot de invoering van een specifieke rechtsvorm voor de 'maatschappelijke onderneming'. Het is de vraag of een Nederlandse variant op de vennootschap met sociaal oogmerk gemist wordt. Gezien het aantal inschrijvingen van vennootschappen met sociaal oogmerk in België is de rechtsvorm namelijk niet zeer populair geworden. Dit is niet in de laatste plaats te wijten aan het feit dat de aanvankelijk geplande bijkomende belastingvoordelen

---

110 Zie bijvoorbeeld Aperta NV van publiek recht met sociaal oogmerk. Het betreft een instelling met een vergelijkbare taak als die van de stichting COVA in Nederland, dat wil zeggen een taak die samenhangt met de verplichting voor lidstaten om op grond van de Europese Richtlijn 98/93/EG van de Raad van 14 december 1998, ten minste 90 dagen reserves aan te leggen van aardolie en aardolieproducten. Aperta is bij wet opgericht als een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk. Het sociaal oogmerk zou erin bestaan dat de vennootschap verantwoordelijk is voor het beheer van de verplichte voorraden, die dienen ter vrijwaring van de bevoorrading van de Belgische eindgebruikers. Zie de wet van 26 januari 2006, betreffende de aanhouding van een verplichte voorraad aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop, in het bijzonder art. 17 jo 35 W.Venn.

111 De Belgische Technische Coöperatie, een agentschap voor ontwikkelingssamenwerking, is een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk. Zie <http://www.btctb.org/nl/juridische-vorm-bestuurs-en-controleorganen> en W. Devroe, Deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen, bijdrage tot het seminarie georganiseerd door het Instituut voor Bestuurders Planning Paper 87, p. 32-33, <http://www.plan.be/admin/uploaded/200605091448064.PP087nl.pdf>.

112 De vele verschillende soorten gemengde rechtspersonen zorgen volgens Alen en Devroe, mede doordat steeds meer overheidstaken door rechtspersonen met een gemengd publiek-privatrechtelijk statuut worden uitgevoerd, voor rechtsonzekerheid. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk welke rechter bevoegd is om geschillen op te lossen. Zie *De Financieel Economische Tijd*, 3 januari 2000, 'Overheid verliest greep op verzelfstandiging bestuurstaken', interview met A. Alen en W. Devroe.

113 Zie H. Braeckmans, E. Wymeersch, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu uitgevers 1996, p. 37.

achterwege zijn gebleven.<sup>114</sup> Het in de praktijk achterblijven van het gebruik van de rechtsfiguur, betekent niet dat de figuur overbodig is, zolang de figuur in de (rechts)praktijk maar een essentiële bijdrage levert aan de verduidelijking van de mogelijkheden die de verschillende rechtsvormen ten opzichte van elkaar bieden. Maar of dit het geval is met de invoering van de door het instituut voorgestane figuur, is mijns inziens de vraag.

### 3.5 De Wet Autonome Overheidsbedrijven

#### *Autonome overheidsbedrijvenwet*

De Belgische overheidsbedrijven vielen tot 1991 onder de wet van 16 maart 1954 'betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut'. Met het oog op de verdergaande eenwording van de Europese markt en de trend tot liberalisering introduceerde België in 1991 een duidelijk *governance framework* voor de autonome staatsondernemingen. De autonome overheidsbedrijvenwet van 21 maart 1991 (hierna de AOB-wet) en de wet op de openbare kredietinstellingen werden vervangen door de bovengenoemde wet van 1954.<sup>115</sup> Devroe ziet beide wetten als een alternatief voor de 'verplichte' privatisering.<sup>116</sup> Door deze beide wetten werd het namelijk mogelijk gemaakt om privékapitaal in overheidsbedrijven toe te laten, met dien verstande dat de privé-sector nooit de controle over de overheidsonderneming kon verkrijgen.<sup>117</sup> De AOB-wet voorzag in beginsel alleen in de hervorming van vier overheidsondernemingen in de vervoers- en telecommunicatiesector. De bedrijven die het betrof, waren de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS), Bpost (voorheen De Post), Belgacom en Belgocontrol (de voormalige Regie der Luchtwegen).<sup>118</sup> De met de nieuwe wet doorgevoerde hervormingen moesten de bedrijven een betere concurrentiepositie verschaffen en de diensten efficiënter en beter laten uitvoeren. Maar de wet beoogde niet alleen veranderingen bij de vier genoemde bedrijven te bewerkstelligen. Artikel 1 paragraaf 1 van de AOB-wet luidt:

---

114 Met name de fiscale voordelen zouden hebben moeten bijdragen aan de populariteit van de VSO. Nu deze beperkt blijven, is ook de bereidheid om een VSO op te richten niet groot.

115 Voluit de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en de wet van 17 juni 1991 betreffende de organisatie van de openbare kredietinstellingen en de harmonisering van de controle en werkingsvoorwaarden van de kredietinstellingen. De wet op de openbare kredietinstellingen blijft hierna verder onbesproken.

116 Zie A. Alen en W. Devroe, *Verzelfstandiging van bestuurstaken in België*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 172.

117 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 12.

118 Zie art. 2 lid 2 AOB-wet.



‘Elk organisme van openbaar nut dat over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industriële of commerciële sector kan, na aanpassing bij wet van zijn organiek statuut aan de bepalingen van deze titel, dergelijke autonomie verkrijgen door het sluiten van een beheerscontract met de Staat onder de voorwaarden van deze wet.’

De wet diende als een structuur voor een kader waarbinnen alle overheidsbedrijven een plaats konden krijgen.<sup>119</sup> Om als overheidsbedrijf op grotere afstand te komen, werd het mogelijk om als overheidsbedrijf de vorm van een naamloze vennootschap aan te nemen. In artikel 37 AOB wordt over deze zogenaamde naamloze vennootschap van publiek recht het volgende gezegd:

‘...overheidsbedrijven kunnen de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht aannemen. In dat geval is het betrokken overheidsbedrijf, voor al wat niet uitdrukkelijk anders is geregeld door of krachtens deze titel of door of krachtens enige specifieke wet, onderworpen aan de wettelijke en reglementaire handelsrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn op de naamloze vennootschappen’.

Hoewel de naamloze vennootschap van publiek recht hier expliciet wordt genoemd, geeft de AOB-wet zelf geen definitie van het begrip naamloze vennootschap van publiek recht. Men zou bij de definiëring van de naamloze vennootschap van publiek recht kunnen uitgaan van een formele benadering om te beoordelen of al dan niet sprake is van een naamloze vennootschap van publiek recht. Er is dan slechts sprake van een naamloze vennootschap van publiek recht, indien de wetgever de rechtspersoon bij de oprichting als zodanig heeft aangewezen.

Met Cornelis e.a. ben ik het eens, dat een dergelijke benadering geen recht doet aan de realiteit dat grote aantallen bedrijven ondanks het ontbreken van de benaming naamloze vennootschap van publiek recht, qua structuur inhoudelijk nauwelijks afwijken van de formele naamloze vennootschappen van publiek recht.<sup>120</sup> In de volgende paragraaf ga ik nader in op de afbakening van deze naamloze vennootschap van publiek recht.

### 3.5.1 De naamloze vennootschap van publiek recht nader bezien

#### *Algemeen*

In de literatuur wordt de volgende definitie van de naamloze vennootschap van publiek recht gegeven:

---

119 Zie F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 207.

120 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D’Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 67.

‘de publiekrechtelijke rechtspersoon waarop de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen die betrekking hebben op de naamloze vennootschap van toepassing zijn, voor zover er in de organieke wetgeving (of desgevallend in de statuten) van die regels niet wordt afgeweken.’<sup>121</sup>

Deze naamloze vennootschap van publiekrecht is interessant bij het onderzoek naar bestaande rechtsvormen voor ondernemingen met een publieke doelstelling. Weliswaar hebben we afgaand op de gegeven definitie te maken met een *publiekrechtelijke* figuur, hetgeen een andere verhouding tussen de overheid en de onderneming meebrengt dan het geval is bij een privaatrechtelijke onderneming, maar wat betreft de structuur worden de regels voor de privaatrechtelijke NV-figuur, zoals geregeld in het Belgische Wetboek van Vennootschappen, volledig (voor zover een bijzondere wet niet anders bepaalt) van toepassing geacht.<sup>122</sup>

Bekende naamloze vennootschappen van publiek recht zijn de VRT, Belgacom, Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen (NMBS), bpost (voorheen De Post) en sinds 2002 de Belgische Nationale Loterij.<sup>123</sup> Overigens wordt de rechtsvorm ook gebruikt in gevallen waar het ondernemingsgerichte aspect veel minder nadrukkelijk aanwezig is.<sup>124</sup>

Over het algemeen is de voornaamste reden om te kiezen voor de organisatievorm van de naamloze vennootschap van publiek recht de zelfstandigheid die aldus wordt verkregen. Ondanks de blijvende verbondenheid met de overheid is er een grote zelfstandigheid ten opzichte van de overheid te

---

121 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D’Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 68.

122 Overigens was voor de invoering van deze figuur wel noodzakelijk dat art. 1 W.Venn, waarin het oogmerk vermogensvoordeel aan de vennoten te bezorgen als essentieel voor de vennootschap wordt genoemd, is aangevuld. Art. 1 W.Venn laatste zin luidt nu: ‘In de gevallen bepaald in dit wetboek, kan de vennootschapsakte bepalen dat de vennootschap niet is opgericht met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen’.

123 Zie art. 1 lid 4 AOB. Zo werd op 16 april 1997 het ‘decreet betreffende de omzetting van de BRTN in een naamloze vennootschap van publiek recht’ door het Vlaamse Parlement goedgekeurd, waarna omvorming van de BRTN in een NV van publiek recht mogelijk werd.

124 Zie bijvoorbeeld het deels door de overheid gefinancierde onderzoeksinstituut VITO dat wordt gedreven als NV van publiek recht, waarvan de Vlaamse overheid de enige aandeelhouder is. Overigens wordt op de website van VITO niet uitdrukkelijk gerefereerd aan haar rechtsvorm. Dat het drijven van het onderzoeksinstituut ook problemen met zich meebrengt blijkt uit het jaarverslag van 2011, waarin wordt gewezen op een geschil ten aanzien van de betaling van vennootschapsbelasting. Zie Jaarverslag VITO 2011, p. 56, te raad plegen via de website, [http://www.vito.be/NR/rdonlyres/3F63786D-6E56-4888-B934-1C2F39BF1367/0/VITO\\_2011\\_NL.pdf](http://www.vito.be/NR/rdonlyres/3F63786D-6E56-4888-B934-1C2F39BF1367/0/VITO_2011_NL.pdf).

realiseren, waardoor een grotere efficiëntie wordt verwacht.<sup>125</sup> Tegelijkertijd wordt benadrukt dat er een onderneming wordt gedreven, terwijl de overheid nog wel actief toezicht houdt om de verzekering van publieke belangen te behartigen en te voorkomen dat de winsten voor andere dan publieke doeleinden kunnen worden gebruikt. Het is mogelijk de zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van de Staat te benadrukken door een ondernemingsboekhouding te voeren in plaats van een boekhouding volgens een begrotingssysteem.<sup>126</sup>

Probleem van de hierboven genoemde ruime definitie is dat het moeilijk wordt om bepaalde vennootschappen als niet zijnde een naamloze vennootschap van publiekrecht te kwalificeren. Zoals eerder aangehaald, zag de wet van 1991 namelijk niet alleen op de vier expliciet in de AOB-wet genoemde ondernemingen. Deze wet creëerde bovendien de mogelijkheid om andere autonome overheidsbedrijven om te vormen tot<sup>127</sup> of om te zetten in<sup>128</sup> een naamloze vennootschap van publiek recht.

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de volgende vormen van naamloze vennootschappen van publiek recht. Naast de formeel onder de wet van 1991 opgerichte naamloze vennootschappen van publiek recht, zijn er ook vennootschappen die formeel niet onder het regime van de AOB-wet vallen, maar waar via een zogenaamde *sui generis* regeling het AOB regime wel grotendeels op van toepassing is. Dit kan verschillende oorzaken hebben. De AOB-wet is gericht op de hervorming tot naamloze vennootschap van publiek recht van *reeds bestaande* organisaties en niet bedoeld om, zoals de naam al aangeeft (Wet op de hervorming van sommige overheidsbedrijven) nieuwe naamloze vennootschappen op te richten. Formeel gezien vallen deze laatstgenoemde vennootschappen derhalve niet onder de AOB-wet. Wanneer er geen bestaande overheidsinstelling is die kan worden omgevormd, maar er wel behoefte is aan de oprichting van een nieuwe figuur, kan bij de inrichting van dergelijke vennootschappen echter wel gekeken worden naar de AOB-

---

125 Zie art. 7 AOB dat bepaalt dat de autonome overheidsbedrijven, binnen de grenzen van deze wet, alle bedrijvigheden kunnen ontwikkelen die verenigbaar zijn met hun doel. Opmerkelijk is dat de vennootschappen die vallen onder het regime van de Belgische vennootschapswet, aanvankelijk in beginsel steeds gericht moesten zijn op het maken van winst. Pas na de wijziging van art. 1 W.Venn is de eis van winstoogmerk komen te vervallen, zodat er ruimte komt voor een taak van algemeen belang, naast de handelsactiviteit.

126 Hoewel er in dit laatste systeem ook wel degelijk controle plaats vindt door de algemene vergadering van aandeelhouders, ontbreekt preventieve controle zoals die bestaat in een begrotingssysteem waar machtiging van de overheid nodig is om de uitgaven te verrichten.

127 Art. 37 AOB-wet.

128 Art. 38 AOB-wet.

wet als leidraad. Dit is bijvoorbeeld gebeurd bij de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht ASTRID.<sup>129</sup>

Ook sommige vennootschappen waarop de AOB-wet formeel *niet* van toepassing is, kunnen als vennootschappen van publiek recht worden gezien omdat belangrijke delen van de AOB-regeling van toepassing zijn verklaard. Dit geschiedde bijvoorbeeld wanneer het volledige regime van de AOB-wet te zwaar werd geacht voor bepaalde vennootschappen die slechts een heel beperkt takenpakket toebedeeld kregen.<sup>130</sup>

Ook worden publiekrechtelijke naamloze vennootschappen – dit zijn publiekrechtelijke organisatievormen die in de naamloze vennootschapsvorm werden opgericht, zonder dat deze de titel naamloze vennootschap van publiek recht kregen – als een subcategorie van naamloze vennootschappen van publiek recht beschouwd, hoewel ook op deze vennootschappen de AOB-wet formeel niet van toepassing is.

Ten slotte is er volgens Cornelis, de Keyser, D'Hooghe en VanDenDriessche een derde groep of type van naamloze vennootschappen van publiek recht. Dit zijn de publiekrechtelijke rechtspersonen die weliswaar niet in de naamloze vennootschapsvorm worden gedreven, maar waar (delen van) de wetgeving met betrekking tot de naamloze vennootschap van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Het voert mijns inziens echter te ver om deze groep van organisaties ook als vormen van de naamloze vennootschap van publiek recht te beschouwen, omdat in wezen geen sprake is van de naamloze vennootschapsrechtsvorm.

*De regeling van de NV van publiek recht in vergelijking met die van de reguliere naamloze vennootschap*

De naamloze vennootschap van publiek recht kent bijzondere regels in de AOB ten aanzien van de uitgifte van nieuwe, in artikel 40 AOB genoemde effecten. Ook geldt er een bijzondere verdeling van stemrechten rustend op de aandelen en gelden bijzondere regels omtrent de uitoefening van de bevoegdheden die goedkeuring van de Koning behoeven. Deze regels worden hieronder nader besproken, waarbij de nadruk ligt op de meest in het oog springende verschillen tussen de naamloze vennootschap van publiek recht en de reguliere naam-

---

129 De afkorting ASTRID staat voor All-round Semi-cellular Trunking Radio-communication Network with Integrated Dispatching. De vennootschap is opgericht bij wet van 8 juni 1998 betreffende de radiocommunicatie van hulp- en veiligheidsdiensten, B.S. 13 juni 1998.

130 Zie L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 79.

loze vennootschap, in het bijzonder voor wat betreft de aandelen in de vennootschap en het bestuur van de vennootschap.

Ten opzichte van de vergadering van aandeelhouders van een 'gewone' naamloze vennootschap, mist de aandeelhoudersvergadering van een naamloze vennootschap van publiek recht op grond van de AOB-wet enkele op grond van het Wetboek van Vennootschappen bestaande bevoegdheden. Ten eerste is de wijziging van statuten een naamloze vennootschap van publiek recht in feite voorbehouden aan de Koning of de Regering omdat een statutenwijziging slechts uitwerking heeft na goedkeuring door de Koning, bij een in de ministerraad overlegd besluit.<sup>131</sup> Ten tweede wijken de regels voor de naamloze vennootschap van publiek recht af van de besproken bevoegdheid van de vergadering van aandeelhouders om op grond van artikel 55 lid 4 W.Venn. de raad van bestuur te benoemen. De Koning benoemt op grond van artikel 18 AOB namelijk een aantal bestuurders evenredig naar gelang de grootte van het aandelenbezit van de overheid.<sup>132</sup> Er bestaat voor de publieke aandeelhouder ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders waarin ook private aandeelhouders zitting kunnen nemen, derhalve een versterkt of bijzonder benoemingsrecht.<sup>133</sup>

Van deze regeling kan voor specifieke bedrijven weer worden afgeweken, zoals is geschied in de statuten van Belgacom die op grond van artikel 59/2 lid 2 AOB afwijken van artikel 18 AOB. Met betrekking tot het bestuur van de vennootschap zijn derhalve veel modificaties denkbaar. Van een bestuur met

---

<sup>131</sup>Zie art. 41 lid 4 AOB.

<sup>132</sup> Art. 18 AOB luidt: '§ 1. De raad van bestuur telt ten hoogste achttien leden, met inbegrip van de leden van het directiecomité die er van rechtswege deel van uitmaken. Het aantal gewone leden van de raad van bestuur bedraagt het dubbel van het aantal leden van het directiecomité. § 2. Ingeval het overheidsbedrijf niet de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft, wordt het aantal leden van de raad van bestuur vastgesteld en worden de gewone leden benoemd door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit. Ingeval het overheidsbedrijf de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft, wordt het aantal leden van de raad van bestuur vastgesteld door de algemene vergadering van de aandeelhouders. De Koning benoemt, bij in Ministerraad overlegd besluit, een aantal gewone leden in verhouding tot het aantal stemmen dat verbonden is aan de aandelen in het bezit van de Staat. De overige gewone leden worden daarna benoemd door de andere aandeelhouders.'

<sup>133</sup> L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000, p. 100. Zie bijv. art. 18 lid 2 van de statuten van Belgacom N.V. van publiek recht, zoals inwerkinggetreden op 1 januari 2012, te raadplegen via de website <http://www.belgacom.com/assets/content/mbimport/%7B2C2D06B6-A641-4C5B-955D-147165DC51D0%7D?transformationID=CustomContent&contentType=content/custom&previewSite=cow>: 'Overeenkomstig artikel 18, par. 2, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991, benoemt de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, van het totaal aantal bestuurders vastgesteld door de algemene vergadering, een aantal bestuurders in verhouding tot het aantal stemmen dat verbonden is aan de aandelen in het bezit van de Staat.'

grote vrijheid ten opzichte van de vergadering van aandeelhouders<sup>134</sup> tot een bestuur waarvan de bevoegdheden volledig aan banden zijn gelegd.<sup>135</sup> Wel heeft de wetgever voor de overheidsondernemingen een zogenaamde *tweehoofdige beheersstructuur* voor ogen gehad.<sup>136</sup> In artikel 15 Wet AOB is vastgelegd dat naast de raad van bestuur een directiecomité ingesteld dient te worden.

Als derde verschil is aan te merken dat belangrijke bevoegdheden als ontbinding van de vennootschap, die onder het Wetboek van Vennootschappen bij de vergadering van aandeelhouders liggen, bij de naamloze vennootschap van publiek recht in handen van de overheid zijn. Zo kan slechts bij of krachtens de wet tot de ontbinding van een autonoom overheidsbedrijf dat de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft aangenomen, worden besloten. De wet regelt bovendien de wijze en de voorwaarden van de vereffening. Verbonden aan goedkeuring zijn ook beslissingen tot kapitaalsverhoging, maar door het overwicht van de Staat in de vergadering van aandeelhouders zijn deze sowieso onderworpen aan de goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders, doordat een wijziging van de statuten is onderworpen aan de goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders.

Hoewel via deze bijzondere regels een afwijking wordt geboden om de macht van de Staat in de vennootschap te verzekeren, zijn deze regels feitelijk overbodig. Want het meest wezenlijke aspect van de naamloze vennootschap van publiek recht is dat de Staat, of de door hem aangewezen personen op grond van artikel 39 AOB te allen tijde de meerderheid van de aandelen van de vennootschap moet behouden.<sup>137</sup>

Mocht er geen beperking zijn gesteld aan de overdraagbaarheid van de aandelen, dan is in ieder geval bepaald dat de Staat tenminste de helft van de

---

134 Zie art. 22 van de statuten van Belgacom N.V. van publiek recht, zoals inwerkinggetreden op 1 januari 2012, te raadplegen via de website <http://www.belgacom.com/assets/content/mbimport/%7B2C2D06B6-A641-4C5B-955D-147165DC51D0%7D?transformationID=CustomContent&contentType=content/custom&previewSite=cow>.

135 Zie art. 12 van het VRT decreet. Bovendien ziet een zogenaamde regeringscommissaris toe op de naleving van de openbare opdracht van de VRT en het geheel van de activiteiten van de VRT, [http://www.vlaanderen.be/servlet/Satellite?c=NB\\_Nieuwsbericht&cid=1140752635420&p=1106040582718&pagename=nieuwsberichten%2FNB\\_Nieuwsbericht%2F\\_Nieuwsbericht](http://www.vlaanderen.be/servlet/Satellite?c=NB_Nieuwsbericht&cid=1140752635420&p=1106040582718&pagename=nieuwsberichten%2FNB_Nieuwsbericht%2F_Nieuwsbericht).

136 F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 214.

137 Deze regel kent een uitzondering voor de aandelen uitgegeven door Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen die niet het belang van de Staat vertegenwoordigen, zie art. 39 lid 1 AOB.

stemrechten moet krijgen.<sup>138</sup> Op het overheidsaandeel rusten op basis van artikel 39 lid 5 AOB bovendien versterkte stemrechten. Het artikel bepaalt namelijk dat de aandelen in het bezit van de overheid tezamen, van rechtswege recht geven op meer dan 75% van de stemmen in alle organen van het autonome overheidsbedrijf. De stemrechten van de andere aandeelhouders worden pro rata verminderd. Het is interessant om te bezien of en in hoeverre deze bepaling in overeenkomst is met de Europese vrij verkeerregels. De concrete beoordeling zal mede afhankelijk zijn van de verdere invulling van de statuten van de overheidsonderneming in de naamloze vennootschap van publiek recht.

Behalve bovengenoemde bijzondere regelingen, gelden op grond van artikel 40 AOB voor de naamloze vennootschap van publiek recht ook bijzondere regels voor de uitgifte van nieuwe effecten.<sup>139</sup> In de bepaling is een getrappt systeem neergelegd voor de verkrijging van nieuwe effecten in naamloze vennootschappen van publiek recht. De uitgifte van nieuwe effecten vooraf moet worden gemachtigd door de Koning. De nieuwe effecten moeten allereerst worden aangeboden aan de Staat en indien deze ze niet (allemaal) neemt, aan de in het machtigingsbesluit genoemde decentrale overheden. Vervolgens worden de aandelen aan aandeelhouders met voorkeurrechten aangeboden.

### 3.5.2 *Het beheerscontract en het personeelsstatuut*

Op grond van artikel 3 lid 1 AOB dienen de bijzondere regels en voorwaarden waaronder de opdrachten van openbare dienst worden vervuld, vastgelegd

---

138 Op grond van art. 39 lid 4 AOB is een overdracht waardoor het rechtstreeks belang van de overheid in dat kapitaal niet langer meer dan 50% bedraagt, zelfs van rechtswege nietig indien, binnen een termijn van drie maanden na de overdracht, het belang van de overheid, door middel van een kapitaalverhoging geheel of gedeeltelijk geplaatst bij de overheid, niet boven de 50% wordt gebracht.

139 Art. 40 AOB luidt: '§ 1. Elke uitgifte van nieuwe aandelen of van converteerbare obligaties of obligaties met inschrijvingsrecht, moet vooraf door de Koning worden gemachtigd, bij een in Ministerraad overlegd besluit. § 2. In afwijking van artikel 34bis, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, worden de aandelen waarop in geld wordt ingeschreven eerst aangeboden aan de Staat, vervolgens aan andere overheden aangewezen in het in § 1 bedoelde besluit en tenslotte, onverminderd het bepaalde in § 3, aan de andere aandeelhouders die alsdan gebruik zouden maken van hun voorkeurrecht overeenkomstig bedoeld artikel. § 3. In geval van plaatsing van in § 2 bedoelde aandelen bij personen andere dan de overheid, wordt een gedeelte van de uitgifte bij voorkeur aangeboden aan de personeelsleden van het uitgevende overheidsbedrijf. De personeelsleden oefenen hun voorkeurrecht tot inschrijving uit vóór de andere aandeelhouders. Dit voorkeurrecht is niet verhandelbaar. De aandelen waarop personeelsleden inschrijven krachtens dit artikel, met inkorting van het voorrecht van aandeelhouders andere dan de Staat, geven geen stemrecht, behoudens het geval bedoeld in artikel 71 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. De Koning bepaalt in het in § 1 bedoelde besluit :1° het gedeelte van de uitgifte dat aan de personeelsleden zal worden aangeboden; 2° de modaliteiten volgens welke de personeelsleden hun voorkeurrecht tot inschrijving uitoefenen; 3° de voorwaarden van de uitgifte van aandelen zonder stemrecht.'

te worden in een beheerscontract tussen de Staat en het betrokken overheidsbedrijf.<sup>140</sup> In het beheerscontract kan onder andere worden vastgesteld welke taken van openbare dienst het overheidsbedrijf op zich neemt. Ook kunnen de tarieven voor deze prestaties worden vastgelegd en de gedragsregels ten aanzien van de gebruikers van de prestaties van openbare dienst. De aangelegenheden van strategisch economisch belang waarvoor de gunning van opdrachten is onderworpen aan ministeriële goedkeuring, kunnen ook worden genoemd. Voorts kunnen er regels worden vastgesteld met betrekking tot de bestemming van de nettowinst.<sup>141</sup>

Bij het zoeken naar een balans tussen privatisering en het behoud van de organieke openbare dienst, maakt de Belgische overheid sinds de jaren negentig voor wat betreft de inrichting van overheidsbedrijven steeds vaker gebruik van dergelijke beheersovereenkomsten.<sup>142</sup> Het contract wordt afgesloten door het directiecomité van het overheidsbedrijf en de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert. Het contract treedt slechts in werking na goedkeuring door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit.<sup>143</sup> Wijzigingen in het contract zijn slechts mogelijk overeenkomstig artikel 4 AOB, met uitzondering van de wijzigingen naar aanleiding van de jaarlijkse toetsing en gewijzigde marktomstandigheden en technische ontwikkelingen met toepassing van in het beheerscontract vastgelegde objectieve parameters overeenkomstig artikel 5 AOB. De besluiten tot goedkeuring van een beheerscontract, of van een aanpassing ervan, alsmede de besluiten tot vaststelling van voorlopige regels, worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.<sup>144</sup>

### 3.6 De Belgische overheid in vennootschappen

Spinnewijn constateerde dat de overheid in België tussen 1997 en 2003 actief bleef in een beperkt aantal bedrijfstakken. De afgelopen jaren nam het aantal participaties door de overheid in de marktsector juist weer toe.<sup>145</sup> Overigens

---

140 Zie art. 3 paragraaf 5 AOB dat bepaalt dat alle clausules in het beheerscontract geacht worden contractueel te zijn. Zie tevens F. VanDenDriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: Die Keure 2004, p. 211 en L. Cornelis, E. de Keyser, D. D'Hooghe en F. VanDenDriessche, *De N.V. van publiek recht*, in: S. Baeten, K. Byttebier en K. Leus (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2000.

141 Zie art. 3 paragraaf 2 AOB.

142 Zie de Toelichting op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, 22 juli 2003 3-117/1.

143 Zie art. 4 AOB.

144 Zie art. 6 AOB.

145 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, [http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP\\_HS\\_overheidspart\\_juli\\_2011\\_NL.pdf](http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf).



lijkt de participatie van de Belgische overheid in andere ondernemingen dan de ondernemingen die worden gedreven in de naamloze vennootschap van publiekrecht, voornamelijk gericht op stimuleringen en financiële steunverlening. De minister geeft in haar beleidsplan aan dat de met name onder invloed van Europese regelgeving sterk wijzigende context aanleiding is om de overheidsbedrijven te (blijven) evalueren. In de beleidsnota lezen we over de modernisering van het statuut van de overheidsbedrijven:

'Zelfs al zijn deze bedrijven bijzonder door de openbare opdrachten die hen worden toevertrouwd, toch handelen ze steeds meer binnen een concurrentiële context. Ze komen tegenover operatoren te staan die in sommige gevallen werken binnen een verschillend kader. Enerzijds moet de rol van de Staat als *voluntaristisch regulator* van de diensten van openbaar nut gegarandeerd blijven en zelfs versterkt worden. Anderzijds moet worden ingeschat hoe opportuun de bijzonderheden van de overheidsbedrijven, onder andere deze die door de wet van 21 maart 1991 met betrekking tot de hervorming van bepaalde economische overheidsbedrijven werden ingevoerd, nog zijn in het licht van de huidige context.'<sup>146</sup>

Het Belgische beleid gaat er weliswaar van uit dat verdere liberalisering gewenst is en het gebruik van beheerscontracten moet worden versterkt. Maar van privatisering of verkoop van de staatsaandelen wordt bij de bespreking van de afzonderlijke overheidsbedrijven niet uitgegaan.<sup>147</sup>

### 3.6.1 De overheid binnen de naamloze vennootschap van publiek recht

Sinds 1991 zijn de regels onder druk van verschillende inzichten met betrekking tot het te voeren beleid gewijzigd. In de daaropvolgende jaren kwamen tot de conclusie dat de beschikbare *checks and balances* tussen de vennootschapsorganen niet per se afdoende waren gezien het publieke belang van de onderneming. Meer overheidscontrole werd wenselijk geacht. Om het overheidsbelang in geprivatiseerde ondernemingen te beschermen, werd het gouden aandeel ingevoerd. De federale overheid beschikte over een dergelijke bijzondere inspraakmogelijkheid in Distrigas/Distrigaz, Fluxys, de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen/ la Société nationale de transport par canalisations en Synatom.<sup>148,149</sup> Uit onderzoek van Van der Elst naar de verschillen

---

146 Zie de Algemene beleidsnota van de minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr. 52, 0995/019, p. 3.

147 Zie de nog steeds actuele Algemene beleidsnota van de toenmalig minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr. 52, 0995/019, p. 5 e.v.

148 Zie KB van 10 juni 1994, waarbij de Staat een bijzonder aandeel in Synatom verwerft.

tussen de autonome staatsondernemingen en de commerciële vennootschappen,<sup>150</sup> bleek dat het aantal ondernemingen met een overheidsparticipatie dat op de beurs van Brussel genoteerd was in 1997 in 2004 tot tweeëntwintig beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel verdubbelde.<sup>151</sup> En hoewel het aantal beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel inmiddels fors is afgenomen,<sup>152</sup> lijkt het aantal participaties door de overheid in de marktsector de afgelopen jaren juist weer toe te nemen.<sup>153</sup>

### 3.6.2 De minister van Overheidsbedrijven

De minister van Overheidsbedrijven heeft op federaal niveau de verantwoordelijkheid voor Belgacom, bpost, de NMBS/SNCB, BIAC en sinds 2002 de Nationale loterij.<sup>154,155</sup> Het Comité Overheidsbedrijven ondersteunt de minister als adviesorgaan. In dit orgaan zijn de overheidsondernemingen en vakbonden vertegenwoordigd.<sup>156</sup> De visie van de federale overheid over de reikwijdte van overheidssturing wordt mijns inziens goed weergegeven door de toenmalig minister van Overheidsbedrijven wanneer hij antwoord geeft op een vraag over overheidsbedrijven en externe adviesopdrachten.<sup>157</sup> De overheidsbedrijven onder zijn beheer, zo stelt hij:

‘ (...) zijn autonome overheidsbedrijven die vrij hun commerciële en operationele strategie kunnen kiezen, evenals de instrumenten en middelen om deze strategie te volgen. (...) Slechts voor de opdrachten die verband houden met de uitvoering van taken van openbare dienst kan, overeenkomstig artikel 11, § 2, tweede lid van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische

---

149 De Europese Commissie heeft het bijzonder aandeel dat de Belgische Staat bezit in de eerste drie maatschappijen aangevochten. Ondanks een door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) in 2000 uitgebracht advies, werden het KB van 10 juni 1996 voor de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen en het KB van 16 juni 1994 voor Distrigas/Distrigaz nog niet aangepast. (Fluxys is een afsplitsing van Distrigas/Distrigaz, en heeft dezelfde aandeelhouders als Distrigas/Distrigaz).

150 C. van der Elst, *Management, decision-making and supervision of Belgian state owned enterprises: an inefficient patchwork?*, Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2006.

151 H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector in België, 1997-2003*, Planning Paper 99 van het Federaal Planbureau, januari 2006, p. 33.

152 Zie OECD (2011), ‘The size and composition of the SOE sector in OECD countries’, *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, p. 23 [www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp](http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp), die over 2009 nog 8 beursgenoteerde ondernemingen met een overheidsaandeel tellen.

153 Zie H. Spinnewijn, *Overheidsparticipaties in de marktsector*, rapport van 14 juli 2011, te raadplegen via de website van het Belgische Federaal Plan Bureau, [http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP\\_HS\\_overheidspart\\_juli\\_2011\\_NL.pdf](http://www.plan.be/admin/uploaded/201107132043490.CP_HS_overheidspart_juli_2011_NL.pdf).

154 Zie de Algemene beleidsnota van de minister van Ambtenarenzaken en Overheidsbedrijven, deel overheidsbedrijven, van 16 april 2008, zittingsperiode 2007/2008, nr.52, 0995/019.

155 Zie de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij.

156 Zie zoals in de AOB wet geregeld.

157 Zie Bulletin 3-10, Vergaderjaar 2003/04, vraag nr. 3-262, 9 september 2003.

overheidsbedrijven respectievelijk artikel 30, § 2, tweede lid van de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, het beheerscontract de aangelegenheden van strategisch economisch belang aanwijzen waarvoor de gunningbeslissing, naargelang het bedrag van de opdracht is onderworpen aan de goedkeuring van de minister van Overheidsbedrijven. (...) Het administratief toezicht van de bevoegde minister, uitgeoefend door de regeringscommissaris, blijft hier beperkt tot de naleving van de wet, het organiek statuut van het overheidsbedrijf en het beheerscontract.<sup>7</sup>

De minister van Overheidsbedrijven centreert het beleid omtrent overheids-ondernemingen.<sup>158</sup> In alle sectoren door eventuele andere beleidsverantwoordelijke ministeries zal rekening moeten worden gehouden met de visie van deze minister.

### 3.7 Tussenconclusie

De Nederlandse overheid kan een voorbeeld nemen aan de bijzondere aandacht die de vormgeving van overheidsinvloed heeft gekregen in de hierboven besproken relevante Belgische regelgeving. De Belgische wetgever heeft niet alleen voorzien in een in het bijzonder op het publiekrecht gerichte rechtsvorm, maar ook aanvullende mogelijkheden gecreëerd voor overheidsinvloed in de in deze rechtsvorm ondergebrachte overheidsonderneming via de Wet Autonome Overheidsbedrijven (AOB). De AOB biedt een bijzonder *governance framework* voor staatsondernemingen. Met de bijzondere regels voor de naamloze vennootschap van publiekrecht in de AOB heeft de regering in bepaalde gevallen immers bijzondere benoemings- en goedkeuringsrechten in de overheidsonderneming die hierin is ondergebracht. En ook de bevoegdheid besluiten ten aanzien van belangrijke beslissingen als de ontbinding van de naamloze vennootschap van publiekrecht goed te keuren, kan bij de overheid liggen. De Belgische wetgever erkent hiermee mijns inziens terecht de noodzaak om overheidsinvloed te verzekeren, in een in de naamloze vennootschap van publiekrecht ondergebrachte overheidsonderneming aangezien hier politieke verantwoordelijkheid voor bestaat. Dit blijkt mede uit de verplichting van artikel 39 AOB op grond waarvan de Staat, of de door hem aangewezen personen te allen tijde de meerderheid van de aandelen van de vennootschap

---

<sup>158</sup> Toch zijn er ook uitzonderingen gemaakt op de bevoegdheid van de minister van Overheidsbedrijven. Zo valt Belgocontrol onder de verantwoordelijkheid van de minister voor mobiliteit en valt de investeringsmaatschappij Federal Holding and Investment Company (FHIC) onder de minister van Financiën. Zie OECD (2011), 'The size and composition of the SOE sector in OECD countries', *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, p. 82 [www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp](http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp).

moet behouden.<sup>159</sup> Deze bepaling is in wezen een (partieel) privatiseringsverbod. Indien niet in de beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen is voorzien, is bepaald dat in ieder geval de helft van de stemrecht bij de overheid moet berusten.<sup>160</sup> Ook rusten op het overheidsaandeel versterkte stemrechten op grond van artikel 39 lid 5 AOB en ex artikel 40 AOB gelden bijzondere regels bij de uitgifte van nieuwe effecten in de naamloze vennootschap van publiekrecht.

Deze wetgeving kan daarenboven worden aangevuld door nadere bepalingen in een daartoe gesloten beheerscontract. Met name lijkt vanuit het oogpunt van herkenbaarheid, de vormgeving van een bijzondere voor de overheidsonderneming bedoelde rechtsvorm wenselijk.

## 4 FRANKRIJK

### 4.1 Algemeen

#### 4.1.1 *Frans rechtspersonenrecht als basis voor het Nederlandse rechtspersonenrecht*

Het Franse handelsrecht is neergelegd in de *Code de Commerce* van 2000.<sup>161</sup> Deze is in sterke mate geënt op de eerdere *Code de Commerce* van 1807.<sup>162</sup> Het Franse recht kende in het burgerlijke recht een afzonderlijke regeling voor het handelsrecht.<sup>163</sup> Het Nederlandse Wetboek van Koophandel is oorspronkelijk gebaseerd op de Franse *Code de Commerce* van 1807. Ook na de Franse tijd is dit systeem bijna ongewijzigd van kracht gebleven, totdat in 1838 het Nederlandse Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd. Het Nederlandse Wetboek van Koophandel heeft ingrijpende wijzigingen ondergaan waarbij grote delen

---

159 Deze regel kent een uitzondering voor de aandelen uitgegeven door Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen die niet het belang van de Staat vertegenwoordigen, zie art. 39 lid 1 AOB.

160 Op grond van art. 39 lid 4 AOB is een overdracht waardoor het rechtstreeks belang van de overheid in dat kapitaal niet langer meer dan 50% bedraagt, zelfs van rechtswege nietig indien, binnen een termijn van drie maanden na de overdracht, het belang van de overheid, door middel van een kapitaalverhoging geheel of gedeeltelijk geplaatst bij de overheid, niet boven de 50% wordt gebracht.

161 De Code de Commerce bevat negen boeken. Zie <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

162 H.E. Oving schreef in 1895 overigens reeds 'Geen titel van den Franschen Code de Commerce heeft zoo vele en gewichtige wijzigingen ondergaan als Boek I Titel III 'des societees', zie H.E. Oving, *Iets over vennootschappen van koophandel in Frankrijk*, (diss. Leiden) L.J. Veen: Amsterdam 1895, p. 1.

163 Door de invoering van een wetboek van burgerlijke rechtspleging in 1806 en een jaar later een wetboek van koophandel werd in Frankrijk een onderscheid gemaakt tussen burgerlijk en handelsrecht. Zie H.E. Oving, *Iets over vennootschappen van koophandel in Frankrijk*, (diss. Leiden) L.J. Veen: Amsterdam 1895, p. 1.

zijn overgeheveld naar Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. In artikel 1690 en verder van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838, waren enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot zedelijke lichamen; een systematische regeling van het rechtspersonenrecht zoals in het huidige Boek 2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is neergelegd, ontbrak echter.<sup>164</sup> Voor wat betreft het Nederlandse vennootschapsrecht, is het huidige Nederlandse Wetboek van Koophandel in beginsel alleen nog relevant voor de personenvennootschap. Het Franse handelsrecht in de *Code de Commerce* 2000 bestrijkt een ruimer terrein dan het Nederlandse Boek 2 BW dat in beginsel louter ziet op rechtspersonenrecht.<sup>165</sup>

#### 4.1.2 *Het staatsrechtelijk bestel in Frankrijk en het beleid ten aanzien van overheidssturing*

Kenmerkend voor de Franse rijksoverheid is de van oudsher sterk centralistisch opgebouwde bestuursstructuur.<sup>166</sup> Bovendien bestaat er een sterke band tussen de politieke en ambtelijke instellingen van het bestuur, niet in de laatste plaats door het bestaan van zogenaamde *grands corps*.<sup>167</sup> Deze *grands corps* bestaan uit hoge publieke functionarissen die in bepaalde instituten zijn

164 Zo werd de vereniging in een afzonderlijke wet geregeld (Wet van 1855), was vanaf 1925 de Wet op de Cooperatieve verenigingen van toepassing op de cooperatieve vereniging en werd er pas in 1956 een afzonderlijke regeling voor de stichtingen ingevoerd. De naamloze vennootschap was in het Wetboek van Koophandel geregeld. In 1971 werd daar de regeling voor de Besloten vennootschap aan toegevoegd.

165 Waar Boek 2 BW ziet op de regeling van (de meeste) Nederlandse rechtspersonen, bevat het Franse Code de Commerce 2000 de regelingen van handelaren, handelingen van de handel, commerciële bedrijven, de belangrijkste teksten betreffende de vrijheid van prijzen en concurrentie, de huurovereenkomst, commerciële apparatuur, verkoop gereguleerde markten, enkele gereguleerde beroepen in de handel, handelaren en buitenlandse kamers van koophandel en industrie.

166 Zie O. Nay, 'European Community Policy in France: The State Bounces Back', *Journal of European Integration* 2002, vol. 24, issue 3, p. 245-260. Er hebben echter ook decentralisatieprocessen plaatsgevonden waarbij bevoegdheden van de nationale overheid werden overgeheveld naar regionale overheden. Zie meer over centralisatie en decentralisatie H. Reigner, 'Multi-level governance or co-administration?', *Policy & Politics* 2001, vol. 29, nr. 2, p. 181-192. Sarkozy wenste echter in plaats van verdergaande decentralisatie een beter gebruik en uitbreiding van de bevoegdheden van regionale overheden. Deze bevoegdhedenverdeling houdt echter niet in dat de bevoegdheden per se exclusief toekomen aan één bestuurslaag. Het is zeer wel mogelijk dat bij een bepaald onderwerp meerdere bestuurslagen betrokken zijn. Dit verklaarde de noodzaak voor de oprichting van een agentschap voor overheids-ondernemingen die het beleid hieromtrent centraliseert.

167 Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking* van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het Actieprogramma *Andere Overheid* en M.C. Kessler, 'Les grands corps de l'État', *La Revue administrative* 1986/231, p. 221-228.

opgeleid.<sup>168</sup> Ondanks een carrière buiten de ambtenarij blijven de voormalig ambtenaren lid van het *grand corps*. Er bestaan dan ook nauwe, informele banden tussen de *grands corps*, de politiek en het bedrijfsleven.

Zoals ook de andere landen in Europa, zag Frankrijk zich genoodzaakt om te bezuinigen op het overheidsapparaat. De nadruk lag echter niet op privatisering, maar op decentralisatie en modernisering.<sup>169</sup> Toch wordt ook in Frankrijk meer en meer gebruik gemaakt van de private sector om overheidstaken uit te voeren.<sup>170</sup> De mogelijkheden van de private sector worden niet langer inferieur beschouwd vanwege haar vermogen publieke belangen te incorporeren in haar systeem.<sup>171</sup>

#### *Hervormingen van de staat*

Een van de belangrijkste hervormingsthema's van het laatste decennium van de vorige eeuw was de modernisering en privatisering van de publieke diensten. Voor wat betreft de modernisering kan worden geconcludeerd dat er sprake is van beleidscontinuïteit. Bij de privatisering deed zich echter een ander beeld voor:

'Wisselingen van kabinetten en politieke oriëntatie gingen in de periode 1980-1995 steeds samen met koersveranderingen op het gebied van privatisering en nationalisering. (...) Naast veranderingen in de nationale economische omstandigheden hadden politieke verschuivingen dus een duidelijke invloed op de hervormingen.'<sup>172</sup>

In de geschiedenis van Frankrijk zijn drie golven van grote nationalisaties aan te wijzen, te weten 1936, 1945 en 1982.<sup>173</sup> In de jaren negentig brak vervolgens een periode van *dénationalisation* aan,<sup>174</sup> die vaak wordt gezien als een periode

---

168 Zie <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/acteurs/qu-est-ce-qu-grand-corps-etat.html>. Over de mogelijke grote invloed van leden van *grands corps* zie bijvoorbeeld P. Bezes, 'The "steering state" model: The emergence of a new organizational form in the French Public Administration', *Sociologie du travail* 2007/49, p. 82-86.

169 Er worden zelfs grenzen getrokken voor wat betreft de reikwijdte van privatisering. Zie M. Tirard, 'Privatization and Public Law Values: A View from France', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2008, vol 15, no. 1, p. 285-304.

170 Zie Pollitt en Bouckaert, 2000, p. 228.

171 Zie H. Reigner, 'Multi-level governance or co-administration?', *Policy & Politics* 2001, vol. 29, no. 2, p. 183.

172 Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking*. van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het *Actieprogramma Andere Overheid*.

173 Zie D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 583.

174 Zie N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2002.

van privatisering.<sup>175</sup> In feite ging het in de meeste gevallen echter slechts om gedeeltelijke ongedaanmaking van de nationalisatie. Van privatisering in de zin dat de Staat (al) haar bevoegdheden in de desbetreffende ondernemingen verloor, was geen sprake.<sup>176</sup>

## 4.2 Rechtsvormen voor overheidsondernemingen

### 4.2.1 *Het Établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)*

Franse overheidsondernemingen kunnen in verschillende rechtsvormen worden gedreven. Traditioneel werden deze ondernemingen gedreven in een hiervoor bedoelde openbare instelling, het zogenaamde *Établissement public à caractère industriel et commercial* (hierna: EPIC).<sup>177</sup> Op grond van artikel 34 van de Franse grondwet kan 'la création de catégories d'établissements publics' slechts geschieden bij wet, en dus slechts door het parlement.<sup>178</sup>

Van oudsher heeft Frankrijk een uitgebreid publiek apparaat. Toch verloor de manier van inrichten door het oprichten van dergelijke EPIC's onder druk van de ook in Frankrijk steeds verdergaande privatisering aan populariteit. Sommige EPIC's zijn inmiddels dan ook omgezet in volledig private rechtsvormen zoals die van de *société anonyme*. Wel heeft de Staat in veel gevallen nog steeds een grote invloed binnen dergelijke vennootschappen en houdt zij hier, direct of indirect,<sup>179</sup> een (meerderheids)belang in.<sup>180</sup> Hierbij vervult het in 2008 opgerichte staatsfonds *Fonds Stratégique d'Investissement* (hierna: FSI) een grote ondersteunende rol. Het FSI investeert in de strategische sectoren van Frankrijk om de activiteiten van de overheid als lange termijn aandeelhouder

---

175 Zie La Loi de privatization.

176 Zie D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 584.

177 Voorbeelden van dergelijke ondernemingen zijn: L'Institut national de la consommation (INC), Le Commissariat à l'énergie atomique (CEA), L'Office national des forêts (ONF), L'Opéra national de Paris, La Monnaie de Paris. Maar ook het gemeentelijk vervoerbedrijf van Parijs, de Régie autonome des transports parisiens (RATP), de Franse Spoorwegen, la Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF) en La Poste zijn in deze rechtsvorm ondergebracht.

178 Wanneer het de oprichting van een openbare instelling binnen een reeds bestaande categorie betreft, kan de regering een EPIC oprichten bij besluit.

179 Zo wordt een deel van de aandelen in France Telecom gehouden via de ERAP (entreprise de recherches et d'activités pétrolières, een openbare instelling, EPIC, die namens de staat deelneemt in de energie, farmacie en telecommunicatiesector).

180 Denk aan het elektriciteitsbedrijf EDF, het gasbedrijf GDF maar ook de vliegvelden bij Parijs, Aéroports de Paris (ADP) dat bij wet van 20 april 2005 is opgericht.

aan te vullen en te versterken.<sup>181</sup> Anno 2012 heeft het staatsaandeelhouder-  
schap – hoewel de druk om te privatiseren, althans te bezuinigen door de crisis  
groter lijkt geworden – onder de regering van president Hollande zelfs een  
nieuwe impuls gekregen.<sup>182</sup> Zo betrof een van zijn eerste handelingen als  
president de oprichting van een nieuw investeringsvehikel, de publieke investe-  
ringsbank *Banque publique d'investissement*, die tezamen met het FSI de publieke  
aandeelhouder nog intensiever moet faciliteren.<sup>183</sup>

#### 4.2.2 De Société anonyme en Société d'économie mixte

Een voor de hand liggende rechtsvorm om een overheidsonderneming in te  
drijven is in veel gevallen het equivalent van de rechtsvorm die in Nederland  
de naamloze vennootschap wordt genoemd.<sup>184</sup> De Franse Staat kan als aan-  
deelhouder een belang in een zogenoemde *société anonyme* (SA) houden.<sup>185</sup>

Wanneer de meerderheid van het kapitaal in publieke handen dient te blijven  
en de overheid waarde hecht aan de bescherming van een algemeen belang,  
kan de overheid deelnemen in een sterk aan de *société anonyme* verbonden  
rechtsvorm, de *Société d'économie mixte* (hierna: SEM). Met name in projecten  
van publiek-private samenwerking wordt gebruik gemaakt van deze SEM. Een  
SEM is een als *société anonyme* ingerichte vennootschap waarop specifieke wetten  
van toepassing zijn.<sup>186</sup> Het vermogen is deels in handen van één of meer  
publieke rechtspersonen (veelal de staat) en één of meer private personen.<sup>187</sup>

---

181 Zie <http://www.fonds-fsi.fr/>. Zie P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz: Paris 2009, p. 282 over de angst dat buitenlandse investeerders in mindere mate op het lange termijn belang zijn gericht.

182 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën in het jaarlijks rapport van het APE over de staat als aandeelhouder, p. 3, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aattachedFil\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aattachedFil_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12).

183 Zie <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/banque-publique-d-investissement>.

184 De sterk op de besloten vennootschap lijkende *société à responsabilité* (SARL) gezien de ook volgens het Franse systeem sterk op de vennoten gerichte rechtsvorm, blijft hierna buiten beschouwing. Zie nader P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz: Paris 2009, p. 199-200.

185 Dat overigens niet altijd duidelijk is of er sprake is van een EPIC dan wel van een SA blijkt uit de uitspraak van la Cour de cassation in de zaak over de status van France Telecom, waarin wordt overwogen: 'De la loi du 2 juillet 1990 à sa transformation en société anonyme en 1996, France Télécom a eu un statut qualifié par la loi d'« exploitant public », mais la Cour de cassation a jugé, le 22 février 1995, qu'il s'agissait en fait d'un EPIC'.

186 Zie loi nr. 83-597 van 7 juli 1983 in het bijzonder en loi nr. 83-675 van 26 juli 1983 welke betrekking heeft op de democratisering van de publieke sector.

187 Naast de SEM bestaan ook *Sociétés d'économie mixte locales*, afgekort SEML. Deze vorm is met name bedoeld om tegemoet te komen aan de wens om lokale, moeilijk te financieren projecten van privaat kapitaal te voorzien. Zie D. Vidal, *Droit des sociétés, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence*: Parijs 2003, p. 584.



In de *Code de Commerce* worden bepaalde voor de bestuurders van een *société anonyme* geldende regels buiten beschouwing verklaard voor de bestuurders van een SEM.<sup>188</sup> Er kunnen ook juist extra (strengere) regels gelden voor dergelijke in een SEM vormgegeven overheidsondernemingen. Zo is evenals in Nederland, in Frankrijk een felle discussie met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders gaande. Er wordt vanuit gegaan dat het management van staatsondernemingen een voorbeeldfunctie geniet voor wat betreft het remuneratiebeleid. De overheid wenst dan ook dat de relevante personen bij dergelijke ondernemingen zich houden aan de nieuwe regels voor het beloningsbeleid.<sup>189</sup>

### 4.3 Beheer en invloed in deelnemingen

#### 4.3.1 *Het Franse action spécifique*

Om te voorkomen dat de Franse Staat door privatisering in bepaalde sectoren alle invloed zou verliezen kon de Franse minister van Economische Zaken in de desbetreffende privatiseringswet voorzien in een zogenaamd *action spécifique*, een bijzonder of versterkt aandeel.<sup>190</sup> De gouden tijden van het bijzondere aandeel lijken echter ook in Frankrijk voorbij.<sup>191</sup> Maar ondanks de kritische houding vanuit Europa tegenover het gouden aandeel maakt Frankrijk nog steeds gebruik van gouden aandelen.<sup>192</sup> De Franse overheid

---

188 Zie art. L225-95 CC jo L225-21 CC op grond waarvan het maximum van vijf bestuursfuncties niet van toepassing wordt geacht op de 'publieke' bestuurders van een SEM.

189 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën in het jaarlijks rapport van het APE over de staat als aandeelhouder, p. 3, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/attachedFile\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/attachedFile_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855). 12.

190 D. Vidal, *Droit des sociétés*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence: Parijs 2003, p. 584 en art. 10 Loi nr. 86-912 du 6 aout 1986.

191 Zie G. Parleani, 'L'action spécifique "à la française" est morte; vive l'action spécifique "à l'européenne"!', *Revue des sociétés* 2002, p. 523-528.

192 Zie het jaarlijks rapport met betrekking tot de belangen van de Franse staat als aandeelhouder met betrekking tot het jaar 2012, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aaattachedFi\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855). 12. 'When necessary to protect national interests, a «special share» to which specific rights are attached may be introduced in privatised companies.' Als voorbeelden van rechtvaardiging worden de volgende twee voorbeelden genoemd: 'The capital of Thales includes a golden share, justified on grounds of national defence. The Government also holds a golden share in the new GDF Suez group, justified on grounds of security and continuity of energy supply.' Zie p. 31 van het rapport. Zie over de houdbaarheid van het bijzondere aandeel in Europese context reeds hoofdstuk 5. Voor de verhouding tussen Europeanisatie en regionalisatie in Frankrijk zie V. Rogers.

heeft bijvoorbeeld nog een gouden aandeel in de onderneming Thales dat volgens de Franse overheid wordt gerechtvaardigd op grond van een nationaal belang voor defensie. En de overheid houdt ook een gouden aandeel in de GDF Suez groep, gerechtvaardigd op grond van veiligheid en continuïteit van energielevering.<sup>193</sup>

#### 4.3.2 Agentschap voor staatsdeelnemingen APE

##### *Algemeen*

De 50 grootste deelnemingen van de Franse Staat – in zowel SA of EPIC rechtsvormen – worden beheerd door het Agentschap voor staatsdeelnemingen oftewel *l'Agence des participations de l'État* (hierna: APE). Dit agentschap is in 2003 in het kader van de grootschalige staats Hervormingen opgericht. Het is ondergebracht bij het Franse ministerie van Financiën.<sup>194</sup>

Het APE houdt zich voornamelijk bezig met de wijze waarop de overheid haar rol als aandeelhouder uitoefent binnen de desbetreffende deelnemingen. Hierbij wordt in het bijzonder gekeken naar de taakvervulling door de vertegenwoordigers van de overheid. Ook is het agentschap verantwoordelijk voor de ordentelijke verkoop van aandelen door de overheid. In een document met richtlijnen voor de wijze van de invulling door de Staat als aandeelhouder, het *Charte des relations avec les entreprises publiques* zoals dat op de website van APE is gepubliceerd, valt hieromtrent in de eerste alinea te lezen:

'La mise en place de l'APE doit permettre de renforcer la gouvernance des entreprises dans lesquelles l'Etat détient une participation, en s'inspirant des recommandations des groupes de travail (...), des meilleurs pratiques en vigueur et en respectant les contraintes spécifiques liées à l'organisation de l'Etat, au caractère public de la majorité des entités détenues et aux missions d'intérêt général dont certaines sont chargées.<sup>195</sup>

Het *Charte* beheerst de verhouding tussen de Staat en de ondernemingen in het portfolio van het APE, zo lezen we:

---

'Europeanization through Regionalization? Reforming the French Railways', *Journal of Contemporary European Studies* 2007/15-2, p. 215-230.

193 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 31, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/attachedFile\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/attachedFile_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_shareholder.pdf?nocache=1355742855.12).

194 Het APE is een afdeling van het directoraat generaal van de *Trésor et de la Politique économique* (DGTPE), van het ministerie de *l'Économie, des Finances et de l'Emploi français*.

195 Zie het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>, [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/qu\\_est\\_ce\\_que\\_l\\_ape/regles\\_de\\_gouvernanc/](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/qu_est_ce_que_l_ape/regles_de_gouvernanc/).

'Les règles de gouvernance énoncées ci-dessous portent sur les relations entre l'entreprise et l'Etat en tant qu'actionnaire. Elles doivent permettre de mieux distinguer celles-ci des relations concernant l'Etat dans son rôle de régulateur (responsable des conditions techniques et juridiques d'exercice d'une activité), financeur ou acheteur.'<sup>196</sup>

Overigens zijn de richtlijnen overlappend en aanvullend op de algemene Franse *Corporate Governance* richtlijnen. Bovendien zijn het richtlijnen die niet wijken voor regels van publiekrecht.<sup>197</sup>

#### *Organisatie en taakomvang APE*

Op grond van een verordening uit 2004<sup>198</sup> is het agentschap verdeeld in drie subafdelingen en een secretariaat.<sup>199</sup> De drie subafdelingen zijn verantwoordelijk voor een goede uitvoering van het staatsaandeelhouderschap op de terreinen van respectievelijk transport, energie en audiovisuele diensten en defensie.<sup>200</sup> Het secretariaat draagt zorg voor de afstemming en coördinatie van het beleid tussen de verschillende subafdelingen. Op 16 februari 2011 is een overeenkomst gesloten tussen de Staat en het APE om de organisatie van het agentschap te moderniseren. De Directeur-Generaal van de *Agence France Trésor* draagt de verantwoordelijkheid voor het beheer van de Staat en middelen van het agentschap. Er is echter een gedeelde ministeriële verantwoordelijkheid voor het agentschap. Het ministerie voor Economische Zaken en Financiën (*Ministère de l'Economie et des Finances*) en het *ministère du Redressement Productif* hebben zeggenschap over *l'Agence des participations de l'État*. De uitoefening van dit gezamenlijke gezag is geregeld in het besluit van de *premier ministre* van 29 juni 2012.<sup>201</sup> Er vindt nauwe samenwerking plaats tussen onder andere

196 Zie het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, p.16, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

197 Zo valt te lezen in het *Chartre*: 'Elles (Les règles: JN) ne se substituent pas aux dispositions légales et réglementaires s'appliquant aux entreprises du secteur public, notamment à la loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et aux décrets des 9 août 1953 et 26 mai 1955 concernant notamment le contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques.'

198 Zie het Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l'Agence des participations de l'Etat.

199 Zie het Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l'Agence des participations de l'Etat, art. 1.

200 Zie Arrêté du 11 octobre 2004 portant organisation de l'Agence des participations de l'Etat, art. 2-4.

201 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 9, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aaattachedFi\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12).

het APE en de ministeries om de uitzonderingen die het Europese recht biedt om het publieke belang te kunnen dienen, ten volle te benutten.<sup>202</sup>

Op basis van cijfers van het APE zijn de belangrijkste deelnemingen van de Franse Staat bekend. Per 14 januari 2013 heeft de Staat een belang in de volgende beursgenoteerde vennootschappen, waarbij het percentage het aandeel van de Staat in de onderneming weergeeft en het getal tussen haakjes de waarde in miljoenen Euro's die de aandelenportefeuille op die datum vertegenwoordigt.<sup>203</sup>

Aéroports de Paris	54,54% (3 114);
Air France KLM	15,88% (379);
Areva	14,33% (741);
CNP Assurances	1,10% (89);
EADS	14,96%(3 946);
EDF	84,44% (22 427);
France Télécom	13,45% (3 159);
GDF SUEZ	36,71% (13 668);
Renault	15,01% (1 814);
Safran	30,20% (4 181);
Thalès	27,08% (1 445).

Daarnaast neemt de Staat deel in ongeveer 47 niet beursgenoteerde ondernemingen.<sup>204</sup> Het totaal aan dividenden dat werd uitgekeerd aan de Franse Staat als aandeelhouder is over 2011 op 4,9 miljard euro uitgekomen.<sup>205</sup>

Over de invulling van de rol van de Franse Staat als aandeelhouder stelt het APE in haar rapport reeds in 2007 het volgende:

'L'activité de l'APE a été marquée par la contribution de ses équipes à la définition de la stratégie générale des entreprises de son périmètre et de leur trajectoire financière pluriannuelle, la participation active aux organes sociaux de ces entreprises et aux comités spécialisés des conseils, le contrôle attentif de la fiabilité de

202 Zie reeds in 2007 de APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 14.

203 Voor de actuele cijfers, die dagelijks (!) te raadplegen zijn via de website van APE, zie [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/le\\_cadre\\_budgetaire/textes\\_de\\_references/downloadFile/attachedFile\\_1/HistoriqueParticipationsCotees\\_1mois.pdf?nocache=1197660604.98](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/le_cadre_budgetaire/textes_de_references/downloadFile/attachedFile_1/HistoriqueParticipationsCotees_1mois.pdf?nocache=1197660604.98) of [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/colonne\\_de\\_droite/access\\_to\\_the\\_french/downloadFile/attachedFile/French\\_GovernmentPortfolio\\_20130114.pdf?nocache=1358182698.8](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/colonne_de_droite/access_to_the_french/downloadFile/attachedFile/French_GovernmentPortfolio_20130114.pdf?nocache=1358182698.8). In de tabel op de website wordt bovendien aangegeven in hoeverre het aandeel van de staat is toe- of afgenomen.

204 In totaal is het APE voor het jaar 2011 verantwoordelijk voor 58 ondernemingen waar de staat in deelneemt. Zie het rapport *The French State as Shareholder 2012*, een rapport door het APE, p. 10.

205 Zie het rapport *The French State as Shareholder 2012*, een rapport door het APE, p. 11.

l'information financière et un dialogue approfondi avec les dirigeants sur l'opportunité et la rentabilité des projets d'investissements importants, des opérations de croissance externe ou des offres commerciales structurantes porteuses d'engagements de long terme.<sup>206</sup>

De Franse overheid beoogt lange termijn strategieën te implementeren en aldus de publieke belangen te verzekeren.<sup>207</sup> Zo heeft er een hervorming plaatsgevonden in het juridisch raamwerk voor Franse vliegvelden om een grotere economische efficiëntie en financiële zelfstandigheid te bewerkstelligen.<sup>208</sup> Weliswaar zijn het voor de APE geldende statuut gemoderniseerd<sup>209</sup> en is een nieuwe directeur aangetreden in 2012, maar het beleid is de afgelopen jaren in wezen niet veranderd. De voormalig Directeur-Generaal van het APE, Bezard stelde in juni 2008 dat de Staat niet slechts een slapende aandeelhouder is.<sup>210</sup> De APE heeft zichzelf in de afgelopen jaren een steeds actievere rol toegedeeld. Daarbij moet echter de hierboven genoemde *Chartre* in het oog worden gehouden. Het bestuur van de onderneming is verantwoordelijk voor de implementatie van het beleid en de uitvoering van het dagelijks bestuur.<sup>211</sup> Daarnaast is het bestuur verantwoordelijk voor de lange termijn strategie en de raming van de investeringen. Maar het bestuur zal hierbij steeds verzekerd zijn van de bijzondere aandacht van het APE als vertegenwoordiger van de aandeelhouder.<sup>212</sup> Hier wordt invulling aan gegeven doordat het bestuur maandelijkse reportages opstelt en het bestuur op regelmatige basis (in ieder geval eens per jaar) bijeenkomt om het APE te treffen en de belangrijkste transacties en strategische vooruitzichten toe te lichten.<sup>213</sup> De overheid kan bovendien als aandeelhouder een onderzoek gelasten bij de onderneming.<sup>214</sup>

206 Zie APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 12.

207 Zie het voorwoord door de minister van economie en financiën, p. 3, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aaattachedFi\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12).

208 De toentertijd bestaande situatie waarbij het beheer via concessieovereenkomsten werd geregeld en veelal regionaal werd gereguleerd werd niet passend geacht te zijn met de publieke belangen van veiligheid en beveiliging. Zie de Engelse vertaling van het rapport van de APE over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 7-8 en nader over de regulering van vliegvelden P. Villard, 'Changing Frames of Reference and Regulatory Structures: French Airport Policy in Transition', *Journal of Public Policy* 2011/31, p. 73-93.

209 De nieuwe oprichtingsverordening van de agentschap is op 1 september 2012 gepubliceerd in het Franse Staatsblad.

210 Zie het artikel 'L'Etat n'est plus un actionnaire dormant', *Les Echos* 30 juni 2008.

211 Art. 1 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

212 Art. 1.1 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

213 Art. 2.2 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

214 Art. 3.2 van het *Charte des relations avec les entreprises publiques*, te raadplegen via <http://www.ape.minefi.gouv.fr>.

Voorts benoemt APE in bepaalde ondernemingen bestuurders of leden van bepaalde commissies.<sup>215</sup> Deze benoemingen zijn aan strenge criteria gebonden.<sup>216</sup>

#### *Toezicht op en verantwoording voor staatsdeelnemingen*

Het APE is verplicht om jaarlijks verantwoording af te leggen over haar werkzaamheden met betrekking tot de deelnemingen. In een jaarlijks rapport wordt uitgebreid ingegaan op de financiële situatie en de gevolgde en de te volgen strategie binnen de belangrijkste staatsdeelnemingen.<sup>217</sup>

#### 4.3.3 *De Audit committee en Strategy Committee*

De Franse overheid beoogt actief beleid te implementeren via zogenaamde *comités d'audit*. Deze houden met name toezicht op het doel van de onderneming en zien toe op de interne controle in de onderneming. Deze comités controleren de financiële gegevens zoals de boekhouding en jaarrekening. Ook zien de comités erop toe dat de eventuele risico's worden geïdentificeerd om te bezien of deze risico's beheersbaar zijn. De comités identificeren de risico's weliswaar niet zelf, maar moeten erop toezien dat de analyses plaatsvinden en dat er op dit punt een goede *corporate governance* structuur bestaat. Een andere belangrijke taak is dat de comités adviseren over de beloningen van de accountants. Zij zien er ook op toe dat de zogenoemde financiële communicatie waarheidsgetrouw is. Daar naast is er op grond van het *Chartre* bij de

---

215 Zie p. 12 van het rapport 'L'Etat Actionnaire. Rapport 2007', APE: 'Conformément au décret nr. 94-582 du 12 juillet 1994 qui a fait l'objet d'une modification en janvier 2007 (décret nr 2007-93 du 25 janvier), les représentants de l'État dans les conseils d'administration ou de surveillance des établissements publics et des sociétés du secteur public ou privé sont choisis parmi des fonctionnaires de l'État ou des agents contractuels de l'État en activité ou en retraite; dans les entreprises publiques qui entrent dans le champ de l'article 1er de la loi DSP, ils peuvent également être choisis parmi les dirigeants (présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints) des entreprises publiques relevant de ce même article ainsi que parmi les présidents, directeurs généraux adjoints ou délégués ou membres du directoire des établissements publics de l'État ou des entreprises du secteur public dont l'État détient directement ou indirectement la majorité du capital'.

216 In de Engelse vertaling van het rapport van de APE over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 11, valt hierover te lezen: 'Apart from the legal criteria (directors must be 30 or over), appointment to the Board of a quoted company as a director representing the Government (and hence as a member of the Agency staff), is for the most part reserved for executives with the rank of Deputy Director or above and familiar with the financial and strategic issues discussed in the Board.'

217 Het in 2012 gepubliceerde rapport was het laatste rapport met betrekking tot de deelnemingen van de overheid. Zie het rapport *The French State as Shareholder 2012*, een rapport door het APE, p. 9, te raadplegen via de website [http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aaattachedFi\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.apec.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12).

overheidsondernemingen een *Strategy Committee* om de strategische belangen op lange termijn in het oog te houden.<sup>218</sup>

#### 4.4 Afstoting van overheidsdeelnemingen

Het verlies van overheidsaandeelhouderschap kan een beperking betekenen voor de sturingsmogelijkheden die de overheid heeft. Er zijn daarom strikte regels voor de afstoting van (aandelen in) overheidsondernemingen door de overheid. Op grond van artikel 34 van de Franse grondwet wordt zelfs de wettelijke regulering hiervan vereist. Deze bepaling bepaalt namelijk dat: 'La loi fixe également les règles concernant (...) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.'<sup>219</sup> Het algemene juridische raamwerk wordt gevormd door drie wetten, *la loi n° 86793 du 2 juillet 1986, la loi n° 86912 du 6 août 1986*<sup>220</sup> et *la loi n° 93923 du 19 juillet 1993*.<sup>221</sup> Deze wetten bepalen de reikwijdte van en de procedures voor die transacties. Indien de bijzonderheden van de overdracht dit vergen, kunnen bijzondere wetten het algemene raamwerk aanvullen en aanpassen voor die gevallen.<sup>222</sup> De overheidsparticipaties waarbij de overheid direct een meerderheidsbelang houdt zijn zogenaamde *participations de premier rang*. Andere belangen worden *participations de respirations* genoemd. Voor de afstoting van meerderheidsbelangen gelden bijzondere beginselen:

- Les privatisations des entreprises les plus importantes sont autorisées dans leur principe par la loi puis décidées par décret. Les autres opérations sont directement autorisées par décret;
- Le prix de cession arrêté par le ministre de l'Économie ne peut être inférieur à l'évaluation de la Commission des participations et des transferts (CPT). Pour les cessions hors marché, le ministre de l'Économie arrête le choix du ou des acquéreurs et les conditions de la cession sur avis conforme de la CPT;
- Les personnes physiques et les salariés de l'entreprise bénéficient d'avantages spécifiques (actions réservées, actions gratuites, délais de paiement auxquels s'ajoutent, pour les salariés, des rabais);

218 Zie APE in haar rapport over 2007, *L'Etat Actionnaire, Government as Shareholder*, p. 16 over de invulling van het audit committee. Zie het rapport *The French State as Shareholder 2012*, rapport door het APE, p. 16 over de implementatie van het strategisch comité.

219 Zie *Constitution de la République française* van 4 oktober 1958. De tekst van de Franse Grondwet, is te raadplegen via <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Het algemene juridische raamwerk wordt gevormd door drie wetten, *la loi n° 86793 du 2 juillet*.

220 Zie *Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations*.

221 Te raadplegen via <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

222 Dit geschiedde bijvoorbeeld voor de *Crédit Agricole* in 1988 en met de privatiseringswet van 2003 voor *Air France*.

- Lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige, il est possible à l'État d'instituer dans les sociétés privatisées une « action spécifique » à laquelle sont attachés divers droits.<sup>223</sup>

Op grond van La loi n° 86-912 du 6 août 1986<sup>224</sup> werd een commissie opgericht die verantwoordelijk is voor de waardering van de te privatiseren ondernemingen of de bezittingen die worden overgeheveld naar de private sector en de modaliteiten van de overdracht. Na enkele naamswijzigingen heet deze nu *La Commission des participations et des transferts. Le ministre de l'économie* bepaalt weliswaar de overdrachtprijs, maar deze kan niet lager zijn dan de waardering van de commissie. De commissie heeft ook een adviserende rol die in meer of mindere mate verplicht kan zijn.<sup>225</sup>

Werknemers van overheidsondernemingen in Frankrijk genieten bepaalde voorrechten. Zo hebben zij het recht om te delen in de winst van het bedrijf en bestaan er uitgebreide spaarplannen.<sup>226</sup> Daarnaast is er op grond van *la loi de démocratisation du secteur public*<sup>227</sup> een voorziening om werknemers in het bestuur van de staatsonderneming te doen plaatsnemen. De werknemersrechten zijn sterk. Zelfs nadat de overheid (een deel van) haar aandelen heeft vervreemd, houdt de werknemer die reeds voor de privatisering was toegetreden tot het bestuur, het recht om als bestuurder aan te blijven.<sup>228</sup>

#### 4.5 Tussenconclusie

Een voordeel van een specifiek agentschap dat verantwoordelijk is voor de invulling van het staatsaandeelhouderschap, is uniformiteit in het beleid ten aanzien van deelnemingen. Weliswaar is in Nederland het ministerie van Financiën aangewezen als eerstverantwoordelijke voor de deelnemingen van de staat, maar de desbetreffende vakdepartementen blijven ook een (statutaire)

---

223 Zie *L'Etat Actionnaire*, rapport 2012 APE, p. 32, te raadplegen op [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/rapport\\_de\\_l\\_etat\\_ac9656/downloadFile/attachedFile/1-Panorama\\_2012.pdf?nocache=1351692658.56](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/rapport_de_l_etat_ac9656/downloadFile/attachedFile/1-Panorama_2012.pdf?nocache=1351692658.56).

224 Zie Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

225 Zie nader over deze commissie [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/basedocumentaire/la\\_commission\\_des\\_pa/](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/basedocumentaire/la_commission_des_pa/).

226 Zie het *Decret* van 26 november 1987.

227 Zie het rapport *The French State as Shareholder* 2012, een rapport door het APE, p. 31, te raadplegen via de website [http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports\\_sur\\_l\\_etat/annual\\_reports\\_on\\_go/downloadFile/aaattachedFi\\_4/2012\\_Report\\_on\\_the\\_Government\\_as\\_a\\_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12](http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/rapports_sur_l_etat/annual_reports_on_go/downloadFile/aaattachedFi_4/2012_Report_on_the_Government_as_a_sharholder.pdf?nocache=1355742855.12).

228 Zie hieromtrent het Rapport 2007, *Government as Shareholder*, 2007 report, APE, p. 19 waar de volgende voorbeelden worden genoemd: 'As a result employee directors continue to sit on the Boards of BNP, Société Générale, Renault, Bull, Thales, France Télécom and Air France.'



verantwoordelijkheid voor de desbetreffende deelnemingen behouden, die in het geval van de elektriciteitsvoorziening in Nederland zelfs primair te noemen is. Door de instelling van een van de ministeries onafhankelijk agentschap dat verantwoordelijk is voor het te voeren beleid bij de deelnemingen voorkomt men dat er een tegenstrijdigheid kan ontstaan in het door het vakdepartement voorgestane beleid en het door het ministerie van Financiën gewenste beleid. Deze coördinatie kan vanzelfsprekend ook geschieden door overleg tussen de verschillende ministeries. Een voordeel van een agentschap kan zijn dat het beleid voor de overheidsondernemingen op grotere afstand van de minister wordt gezet, waardoor afwegingen ten aanzien van de deelnemingen minder aan de waa van de politiek blootstaan. Echter, dit is niet direct van invloed voor de inrichting van de rechtsvorm voor de overheidsonderneming.

## 5 HET VERENIGD KONINKRIJK

### 5.1 Algemeen

In Nederland wordt in discussies over het al dan niet liberaliseren of privatiseren van bepaalde diensten vaak een vergelijking gemaakt met het Engelse systeem.<sup>229</sup> Kent continentaal Europa een lange traditie van publieke ondernemingen, in de jaren tachtig is in het Verenigd Koninkrijk onder leiding van Thatcher een grote hervorming van het overheidssysteem begonnen. Uitgangspunt werd dat in beginsel veel publieke taken die tot dan toe werden uitgevoerd door overheidsondernemingen, konden worden opgedragen aan private partijen. Het algemeen belang werd geborgd door de instelling van zogenaamde *regulators*.

Halverwege de 20ste eeuw waren in het Verenigd Koninkrijk talloze ondernemingen en zelfs gehele industrieën genationaliseerd.<sup>230</sup> Reeds tijdens de Tweede Wereldoorlog werden veel industrieën onderworpen aan staatsinvloed, maar pas in de jaren daarna kwam de nationalisatie echt op gang. Een van de eerste nationalisaties was bijvoorbeeld de nationalisatie van de *Bank of*

229 Zie voor een overzicht van het Engelse systeem Zie het rapport *Andere overheid in het buitenland. Inrichting van de centrale overheid. Een internationale vergelijking*, van het Departement Bestuurskunde Universiteit Leiden uit 2005 in het kader van het Actieprogramma *Andere Overheid*, i.h.b. par. 10 onder verwijzing naar Richards, *The Civil Services in Britain*.

230 Na de eerste wereldoorlog zijn daar te noemen de nationale energievoorziening (in 1926 werd op grond van de Electricity Supply Act 1926 de Central Electricity Board opgericht), in 1927 de omvorming van de privaat gerunde *British Broadcasting Company* tot de publieke *British Broadcasting Corporation*, in 1933 de oprichting van *London Transport*, in 1938 de nationalisatie van de mijnen en een jaar later de oprichting van de onderneming welke tegenwoordig beter bekend is onder de naam *British Airways* (BA).

England.<sup>231</sup> Maar ook bijvoorbeeld de koolindustrie, de energiesector en de spoorwegen werden (grotendeels) geprivatiseerd.<sup>232</sup> Na het aan de macht komen van de Conservatieven, onder leiding van Thatcher, in 1979 brak echter, in het kader van de idee van 'market ideology in the state',<sup>233</sup> het tijdperk van de privatiseringen aan.<sup>234</sup> Ook na het aantreden van een periode onder de Labour partij, is vastgehouden aan dit privatiseringsbeleid, waardoor de huidige Engelse economie grotendeels uit private ondernemingen bestaat. Drie decennia later heeft de Engelse overheid het overgrote deel van haar staatsondernemingen geprivatiseerd. Belangrijke sectoren, zoals de energievoorziening, luchtvaart en telecommunicatie zijn in private handen gekomen.<sup>235</sup> Overigens hield de overheid in sommige gevallen nog wel een bijzonder aandeel in de onderneming. Om toe te zien op de waarborging van publieke belangen die sommige van deze private ondernemingen dienden, werden toezichthouders ingesteld die werden belast met sectoraal toezicht. Denk aan de *Civil Aviation Authority* (CAA) of de *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem).<sup>236</sup>

Ondanks de wens tot privatisering veranderde na een periode van bijna 20 jaar waarin er geen ondernemingen waren geprivatiseerd, het strikte beleid enigszins tegen het eind van de jaren negentig. In 1997 werd de Docklands Light Railway genationaliseerd en in 2001 kwam de private onderneming Railtrack – zij het niet door zuivere nationalisatie – onder controle van de staat. En ook meer recentelijk hebben (gedeeltelijke) nationaliseringsoperaties plaatsgevonden naar aanleiding van de recente financiële crisis. De private bank, Northern Rock – in de problemen geraakt door de gevolgen van de in 2007 begonnen krediet- en hypotheekcrisis – is in het begin van 2008 genationali-

---

231 Zie nader S. Patel, 'Accounting for policy change through multi-level analysis: the reform of the Bank of England in the post-war era', *Policy Studies* 2009/30-3, p. 333-346.

232 Zie over nationalisatie en privatisering in het Verenigd Koninkrijk J. Foreman-Peck, 'The Privatization of Industry in Historical Perspective', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 129-148.

233 Zie M. Poole, R. Mansfield, M. Martinez-Lucio en B. Turner, 'Change and Continuities within the Public Sector: Contrasts between Public and Private Sector Managers in Britain and the Effects of the Thatcher Years', *Public Administration* 1995/73, p. 272-273.

234 Zie over Thatcher's privatiseringsbeleid J. Wolfe, 'State Power and Ideology in Britain: Mrs Thatcher's Privatization Programme', *Political Studies* 1991/39-2, p. 237-252. Haar visie wordt 'Thatcherism' genoemd. Zie hierover nader A. Gamble, 'Privatization, Thatcherism, and the British State', *Journal of Law and Society* 1989, vol. 16, no. 1, p. 1-20.

235 Denk daarbij aan bijvoorbeeld ondernemingen als British Steel, British Airways, British Telecom, British Coal, British Aerospace, en British Gas.

236 Maar ook de Office of Communications (Ofcom), de Office of the Rail Regulator (ORR), de Office of Water Services (Ofwat) of de Postal Services Commission (Postcomm).

seerd. Het betrof hier echter steeds een tijdelijke maatregel.<sup>237</sup> Er kan derhalve niet worden gezegd dat de privatiseringsgedachte is verlaten.

De wens tot privatisering betekent derhalve niet dat de Engelse overheid alle controle over bepaalde sectoren of diensten wenst op te geven. Hoewel veel ondernemingen met een publiek belang in private handen zijn, geeft de Engelse wetgever toch belangrijke mogelijkheden om binnen private ondernemingen in te grijpen. Ondernemingen waar de Engelse overheid, buiten het systeem van de *Regulators*, invloed op kan uitoefenen worden ook wel als *government-owned corporations* (GOC) of *state-owned enterprises* (SOE) aangeduid, wat in tegenstelling tot de naam niet hoeft te betekenen dat het juridische of economische eigendom (geheel) in de handen van de overheid moet zijn.

Alvorens nader op dergelijke ondernemingen in te gaan, en de casus van *Network Rail* in het bijzonder te bespreken, volgen in de paragraaf hieronder enkele woorden over de rol van de (overheids)onderneming met publieke taken.

#### *Positie van de onderneming*

De onderneming zal een steeds grotere rol met betrekking tot publieke taken innemen binnen het Verenigd Koninkrijk:

‘The role of the company in the not-for-profit area is an increasingly important one. With the growing reliance by the government on non-governmental organizations for the delivery of some kinds of social services previously provided directly by the state, charities (...) find themselves entering into contractual commitments of an increasing size.’<sup>238</sup>

Deze ontwikkeling kan samengaan met een aanpassing van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht waarbij plaats wordt gemaakt voor de private onderneming met publieke taken. Voor het Verenigd Koninkrijk geldt immers als voor andere rechtssystemen het volgende:

‘Globalisation, leading to pressure for convergence and harmonisation of laws, constitutes an important factor influencing the modern debate. Concerns about the reach and power of global corporations, their involvement in fraud, economic crimes, corruption, health and safety breaches and environmental depredations are reflected in recent appearance of corporate criminal liability on national and

---

237 De bank zal op ‘arms length’ als een commercieel bedrijf worden geleid aldus Alistair Darling, Chancellor of the Exchequer op 17 Februari 2008, in een via de website van de BBC te raadplegen verklaring, [http://news.bbc.co.uk/player/nol/newsid\\_7240000/newsid\\_7249700/7249735.stm?bw=bb&mp=wm&asb=1&news=1&ms3=54&ms\\_javascript=true&bbcws=2](http://news.bbc.co.uk/player/nol/newsid_7240000/newsid_7249700/7249735.stm?bw=bb&mp=wm&asb=1&news=1&ms3=54&ms_javascript=true&bbcws=2). In de toekomst moet de bank weer in private handen komen.

238 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 27.

international law reform agendas. The growth of transnational corporations, the product of the dismantling of nationalistic anti-competitive measures and the general deregulation movements in the US and other major economies from the 1980s onwards has transformed the entire architecture of legal control of business activities. National, international and supra-national political institutions and legal regimes are all implicated.<sup>239</sup>

Rickford schrijft:

'By May 1997, when the new Labour Government came to power, it was quite widely (but not universally) recognised that the state of British company law was no longer acceptable. (...) Very rarely was the basic structure adjusted, or anything, however obscure or outmoded, removed.<sup>240</sup> (...) 'In short, by 1997 our company legislation was in many parts an incoherent, overdetailed and inaccessible jumble of provisions, many of them outmoded, deriving from the vicissitudes of our economic history since the Victorian age.'<sup>241</sup>

Hieronder ga ik nader in op de aangepaste, voor de overheidsonderneming, relevante regelgeving.

## 5.2 Het vennootschapsrechtelijk kader: de *Companies Act 1985* en *Companies Act 2006*

De belangrijkste hier te noemen kapitaalvennootschappen zoals die in het Verenigd Koninkrijk voorkomen, zijn de *Private company limited by shares* (Ltd) en de *Public limited company* (Plc). Beide rechtsvormen werden aanvankelijk geregeld in de *Companies Act* van 1985. Deze *Companies Act 1985* bracht verschillende wetten over vennootschappen bijeen.<sup>242</sup> De wet bevatte een regeling ten aanzien van de verantwoordelijkheden van vennootschappen en organen van die vennootschappen.<sup>243</sup>

239 C. Wells, 'The Reform of Corporate Criminal Liability', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 291.

240 Jonathan Rickford, 'A History of the Company Law Review', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 5.

241 Een voorbeeld van aanpassing van het recht betreft de 'law on private companies'. Als modificatie van het algemeen geldende 1862 *Companies Act* model, is deze wet in de jaren 1906-1908 speciaal geschreven voor grote, kapitaal intensieve ondernemingen, zoals spoorwegondernemingen. Zie Jonathan Rickford, 'A History of the Company Law Review', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 7.

242 Onder de nieuwe wet, de *Companies Act 2006*, werden de twee verschillende systemen voor Groot-Brittannië en Noord-Ierland vervangen door één systeem.

243 De in 1985 in werking getreden wet ziet overigens louter op de expliciet in deze wet genoemde rechtsfiguren; personenvennootschappen (partnerships) en limited liability partnerships (Llp) vallen derhalve niet onder het bereik van de wet.

De *Companies Act 1985* werd vervangen door de *Companies Act 2006*.<sup>244</sup> Deze laatst genoemde wet beoogt een uitgebreide hervorming van het Engelse vennootschapsrecht.<sup>245</sup> Invoering van de nieuwe wet was aanvankelijk voorzien in oktober 2008, maar deze werd een jaar uitgesteld.<sup>246</sup> In de wet wordt een regeling getroffen voor de *Limited and unlimited companies* (Section 3), de *Private and public companies* (Section 4), de *Companies limited by guarantee* (Section 5) en de *Community interest companies* (Section 6).

Het idee achter de wet was om andere belangen dan louter het belang van de aandeelhouder een plaats te geven binnen de *Company Law*.

Hieronder ga ik in op de voor dit onderzoek in het bijzonder voor de overheidsonderneming relevante rechtsvormen, te weten de *private company limited by shares*, de *public limited company* en de *company limited by guarantee*. De in 2005 in Engeland ingevoerde *Community Interest Company* (hierna: CIC) vertoont sterke overeenkomsten met de Nederlandse stichting en de in hoofdstuk 1 genoemde maatschappelijke onderneming. De CIC komt voor zover relevant kort aan de orde in paragraaf 4.2.3.

### 5.2.1 De private company limited by shares<sup>247</sup> en de public limited company

#### Algemeen

In de kapitaalvennootschapsvorm lag de ultieme macht binnen de vennootschap in het Engelse systeem van oudsher bij de aandeelhouder.<sup>248</sup> Maar

244 *Companies Act 2006* (chapter 46) Royal Assent of 8 november 2006. Tekst van de wet is raad te plegen via de website: [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf).

245 Uitgebreid is wellicht nog een understatement: de *Companies Act 2006* telt maar liefst 1300 sections. L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, schrijven hierover in hun voorwoord: '...it is quite the largest piece of legislation ever have passed through the parliamentary proces. It is the product of the most extensive revision of company law in this country since limited liability was introduced in the 1850s.'

246 Tot de volledige inwerkingtreding bleef de *Companies Act 1985* van kracht. Wegens verplichtingen voortvloeiend uit Europese richtlijnen traden sommige bepalingen uit de *Companies Act 2006* reeds per januari 2007 in werking.

247 De *private company limited by shares* is overigens niet alleen in Engeland, maar ook in wetgeving van Wales, Schotland, Ierland en sommige Commonwealth landen geïncorporeerd.

248 Dat wil zeggen macht met betrekking tot de statuten, de benoeming en het ontslag van bestuurders en de bestemming van de winst. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 14. Illustratief is het door Frenrop aangehaalde citaat van de Britse *Hampel Committee on Corporate Governance 1998*: 'The directors as a board are responsible for relations with stakeholders; but they are accountable to the shareholders', zie P.M.L. Frenrop, *Corporate governance 1602-2002. Ondernemingen en hun aandeelhouders sinds de VOC* (diss. 2002 Tilburg), Amsterdam: Prometheus 2002, p. 25.

het primaat van de aandeelhouder is niet langer onbetwist.<sup>249</sup> Het bestuur zou ook andere belangen moeten kunnen meewegen. In de discussie over machts- en bevoegdheidsverdeling binnen deze rechtsvormen wordt met name gesproken over de mogelijke invloed van de werknemers (zoals in Duitsland sterk het geval is); een wijziging van het uitgangspunt nog niet aan de orde.<sup>250</sup> Bij de bespreking van de genoemde rechtsvormen, staan de mogelijkheden die de aandelen in deze kapitaalvennootschapsvormen bieden, centraal.

Wat betreft het gebruik van controle- en sturingsinstrumenten in de kapitaalvennootschap door de Britse overheid om aldus bepaalde publieke belangen te behartigen, moet worden opgemerkt dat de overheid over het algemeen niet vaak deelneemt in aandelenkapitaal. En ook wanneer zij wel deelneemt, wordt haar houding niet gekenmerkt door een activistische invulling van haar rol. Veelal probeert de overheid beleid te doen implementeren door institutionele beleggers een bepaalde kant op te dwingen. Zie bijvoorbeeld de houding van de overheid met betrekking tot de problemen die bestaan met de wijze van belonen van bestuurders.<sup>251</sup> Om de ongewenste neveneffecten van bestaande beloningssystemen weg te nemen,<sup>252</sup> heeft de overheid institutionele beleggers onder druk gezet om hun stemrecht in te zetten bij onregelmatigheden en hun aandelen niet te verkopen maar juist hun stem te laten horen in het bijzonder waar het de excessieve remuneratie van bestuurders betrof of het mismanagement bij door de crisis in problemen geraakte banken.<sup>253</sup> Aldus wilde de overheid tegemoet komen aan de wensen van de publieke opinie zonder zelf regulering in te voeren.<sup>254</sup> Het beleid waarbij zelfregulering of andere private sturingsinstrumenten voorop worden gesteld ten koste van

---

249 Over 'The pluralist alternative' en share- vs stakeholders zie bijvoorbeeld John Parkinson, 'Inclusive Company Law', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 48-49.

250 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 289.

251 Zie John Parkinson, 'Inclusive Company Law', in: *The Reform of United Kingdom Company Law*, Londen: Cavendish Publishing Limited 2002, p. 58, die hieromtrent stelt: 'Another cause for concern is management pay schemes that create incentives to maximize relatively near-term results at what may be the expense of longer-term performance.'

252 Er wordt vanuit gegaan dat beloningssystemen waarbij het bestuur van een onderneming aandelen kan verkrijgen, onwenselijke *incentives* creëert waardoor de betrokken bestuurders met de ondernemingen tegenstrijdige belangen kunnen hebben. Hoewel het beloningssysteem erop is gericht het *agency-principle* probleem op te lossen door de belangen van de bestuurders te vereenzelvigen of op een lijn te stellen met de vennootschap, heeft het systeem dit niet altijd tot gevolg. Ook is er het risico dat de bestuurders de resultaten manipuleren. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 204-205.

253 Davies is kritisch of zelfregulering effectief is in een wereld van 'global investment strategies'. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 138.

254 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 136.

publieke regulering, is niet vrij van kritiek. Davies is kritisch of zelfregulering effectief is in een wereld van 'global investment strategies'.<sup>255</sup>

*De private companies limited by shares*

Hoewel het aantal *state owned enterprises* in Engeland niet groot is,<sup>256</sup> is de *company limited by shares* – met name door decentrale overheden – een gebruikt vehikel om als aandeelhouder te participeren in ondernemingen. Een *company limited by shares* is vergelijkbaar met de in Nederland bestaande besloten vennootschap. Ook bij deze rechtsvorm zijn er aandeelhouders die beperkt tot hun oorspronkelijke inbreng aansprakelijk zijn voor schulden van de vennootschap. Een *limited company* kan beursgenoteerd zijn (*public*), maar is niet noodzakelijk (*private*). De publicatievereisten zijn hierdoor wel minder streng voor de *private* dan voor de *public limited company*. De *private companies limited by shares* zijn op grond van artikel 59 *Companies Act 2006* verplicht om het woord 'limited' – veelal afgekort tot 'ltd' – in hun naam te voeren.<sup>257</sup> Wel moet artikel 60 *Companies Act 2006* in dit verband worden genoemd. In het eerste lid bepaalt dit artikel dat ondernemingen kunnen worden uitgezonderd van de verplichting om het woord 'limited' te voeren in hun naam als:

- '(a) it is a charity
- (b) it is exempted from the requirement of that section (59 JN) by regulations made by the Secretary of State'.<sup>258</sup>

Entiteiten die gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid zijn op grond van de onder a genoemde *non-profit* organisaties. De ratio achter de keuze om gebruik te maken van deze exceptiemogelijkheid en het woord *limited* niet te voeren wanneer sprake is van een *private company limited by shares* is niet geheel duidelijk. Deze kan wellicht worden gezocht in de wens om het bijzondere karakter van de vennootschap voor buiten de vennootschap staande derden te verduidelijken.

Om een parallel met de overheidsonderneming te trekken, kan door een dergelijk naamsgebruik worden benadrukt dat er geen sprake is van een slechts op winst gerichte onderneming, maar dat de aansprakelijkheid voor de onder-

255 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 138.

256 Weliswaar staat het Verenigd Koninkrijk qua aantal werknemers op de tweede plaats na Frankrijk, maar dit wordt veroorzaakt door het aandeel in de *Royal Bank of Scotland*. Op de door het OECD opgestelde lijst met *state owned enterprises* staat het Verenigd Koninkrijk echter onderaan. Zie OECD (2011), 'The size and composition of the SOE sector in OECD countries', *OECD Corporate Governance Working Papers*, nr. 5, zie [www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp](http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/wp) resp. p. 6 en 8.

257 Art. 59 *Companies Act 2006* (chapter 46) luidt: '1) The name of a limited company that is a private company must end with "limited" or "ltd." 2) In the case of a Welsh company, its name may instead end with "cyfyngedig" or "cyf."'

258 Zie art. 60 jo het derde lid van art. 59 *Companies Act 2006* (chapter 46).

neming voor wat betreft de overheid niet ophoudt bij de bijdrage in het aandelenkapitaal en verder reikt ten behoeve van de behartiging van publieke belangen. Omdat door slechts het weglaten van het woord *limited*, nog niet duidelijk is wat voor een soort *company* het dan betreft, zou een verdere verduidelijking echter wel wenselijk zijn. Dit is mijn inziens overigens niet anders als het een op grond van artikel 60 eerste lid sub a *Companies Act 2006* uitgezonderde *charity* betreft. Hier is bescherming van derden in de zin dat zij op de hoogte zijn van het bijzondere *non-profit* karakter van de entiteit echter gewaarborgd door verplichte inschrijving in een register<sup>259</sup> en worden derden die niet op de hoogte waren van het feit dat ze te maken hebben met een *charity* beschermd.<sup>260</sup> Een dergelijke regeling zou mijns inziens ook voor een private onderneming die in het bijzonder publieke taken verricht en waarbij de overheid een bepaalde mate van beleidsbepalende invloed heeft behouden, moeten gelden.

#### *De public limited company*

De *public limited company* is een vorm van de *limited company* die aandelen aan het publiek kan aanbieden. Om het onderscheid aan te geven met de niet aan een beurs genoteerde vennootschappen, de *private companies*, wordt wel gesproken van *public companies*, duidend op de vennootschappen met vrij verhandelbare aandelen. Verwarrend is echter dat ook de hierboven reeds genoemde *state owned* of *government-owned corporations* worden aangeduid met de term *public company*.

Ook voor deze rechtspersoon geldt de verplichting om bepaalde woorden in de naam op te nemen. Artikel 58 luidt:

'1) The name of a limited company that is a public company must end with "public limited company" or "p.l.c.".'

De voor de *private limited company* opgenomen uitzondering met betrekking tot het voeren van bepaalde woorden in de naam, is niet opgenomen voor de *public limited company*. Deze zullen dus steeds de woorden (of de afkorting) in hun naam moeten opnemen. Het bedrijfsmatige op winst gerichte karakter lijkt bij beursgenoteerde bedrijven dus steeds doorslaggevend te zijn. De deelname van de Engelse overheid als aandeelhouder in beursgenoteerde bedrijven is weliswaar zeer beperkt. Desondanks is mijns inziens een verduide-

---

259 Indien registratie gewenst is, dient wel aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan: 'If the company intends to register as a charity then the Memorandum must be acceptable to the Charity Commission.'

260 Zie bijv. art. 42 *Companies Act 2006* (chapter 46): '1) Sections 39 and 40 (company's capacity and power of directors to bind company) do not apply to the acts of a company that is a charity except in favour of a person who – a) does not know at the time the act is done that the company is a charity.'



lijking van de positie van de overheid door middel van naamvoering niet minder relevant.<sup>261</sup>

### 5.2.2 *De company limited by guarantee*

Naast de *Plc* en de *Limited* kent de Engelse vennootschapswet de *company limited by guarantee and not having a share capital*.<sup>262</sup> Deze rechtsvorm wordt hoofdzakelijk gebruikt als rechtsfiguur voor zogenaamde non-profit organisaties.<sup>263</sup> Davies stelt hierover:

‘the flexibility of the corporate vehicle is such that it can be used carrying on not-for-profit activities. One form of the company is specifically adapted for this purpose. This is the company limited by guarantee’.<sup>264</sup>

De rechtsvorm doet sterk denken aan een rechtsfiguur tussen de Nederlandse stichting en vereniging in. Zij biedt weliswaar rechtspersoonlijkheid, maar het bijzondere is dat de *company limited by guarantee* in beginsel geen in aandelen verdeeld kapitaal kent. In plaats daarvan zijn er zogenaamde *members*

---

261 Een voorbeeld van een overheidsdeelneming is het BAE Systems (een defensie en ruimtevaart onderneming) waarin de overheid een bijzonder aandeel houdt op grond waarvan zij bepaalde sturingsmogelijkheden heeft. Zo staat op de website van de onderneming: ‘The Special Share is held on behalf of the Secretary of State for Business, Innovation and Skills (the ‘Special Shareholder’). Certain provisions of the Company’s Articles of Association cannot be amended without the consent of the Special Shareholder. These provisions include the requirement that no foreign person, or foreign persons acting in concert, can have more than a 15% voting interest in the Company, the requirement that the majority of the directors are British, and the requirement that the Chief Executive and any executive Chairman are British. The holder of the Special Share is entitled to attend a general meeting, but the Special Share carries no right to vote or any other rights at any such meeting, other than to speak in relation to any business in respect of the Special Share. Subject to the relevant statutory provisions and the Company’s Articles of Association, on a return of capital on a winding-up, the holder of the Special Share shall be entitled to repayment of the £1 capital paid up on the Special Share in priority to any repayment of capital to any other members. The holder of the Special Share has the right to require the Company to redeem the Special Share at par or convert the Special Share into one ordinary share at any time.’ Zie [http://ara2011.baesystems.com/governance/other\\_statutory\\_regulatory\\_information/other\\_statutory\\_regulatory\\_information.html](http://ara2011.baesystems.com/governance/other_statutory_regulatory_information/other_statutory_regulatory_information.html).

262 Zie art. 5 *Companies Act 2006* (chapter 46). De *company limited by guarantee* met een *share capital* (in tegenstelling tot de *company limited by guarantee not having a share capital*) die hier wordt besproken, werd in de praktijk bijna niet gebruikt, en kan sinds 1980 ook niet meer worden geregistreerd. Zie A.J. Boyle en J. Birds’ *Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2007, p. 95.

263 Een voorbeeld van een dergelijke *company limited by guarantee* is de *The Financial Services Authority* (FSA), zoals ingesteld op grond van de *Financial Services and Markets Act 2000*. Zie <http://www.fsa.gov.uk/about/who>.

264 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 26.

die op grond van de statuten garant staan voor schulden van de vennootschap.<sup>265</sup> Deze *members* zijn geen aandeelhouders in de vennootschap. Zij zijn derhalve niet als de 'eigenaar' van de onderneming te beschouwen. Ook is het niet mogelijk om in de vennootschap gemaakte winsten als dividend aan deze *members* uit te keren. De *members* vormen echter wel het orgaan binnen de vennootschap waar het beleid wordt vastgesteld. Voor de uitvoering van het beleid kunnen zij één of meerdere bestuurders aanwijzen, ook wel *trustees* genoemd. De toevoeging van het woord *limited* aan de naam van de *company limited by guarantee* is ook hier verplicht.<sup>266</sup> Over het algemeen wordt de rechtsvorm gebruikt voor verenigingen, sportclubs, non-gouvernementele organisaties en 'goed doel'-instellingen. De reden om als instelling deze *company limited by guarantee* rechtsvorm te verkiezen boven de vennootschap met aandelen, ligt in het feit dat de regels met betrekking tot de genoemde *members* eenvoudiger zijn dan wanneer het aandeelhouders zou betreffen. Bovendien bestaat er niet de plicht om (een deel van de) winst uit te keren aan de *members*.<sup>267</sup> Met name wanneer meerdere belangen bij elkaar gebracht moeten worden, biedt de *company limited by guarantee* uitkomst: er kan namelijk een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende groepen *members*, waarvoor ook bijzondere stemregimes kunnen gelden. Ook voor de uitvoering van publieke taken maakt de Engelse overheid gebruik<sup>268</sup> van deze rechtsvorm.<sup>269</sup> Ik kom hierop terug bij de bespreking van de overheidsonderneming *Network Rail*.

---

265 Zie Section 11 'Statement of guarantee', sub 3: (...) each member undertakes that, if the company is wound up while he is a member, or within one year after he ceases to be a member, he will contribute to the assets of the company such amount as may be required for –

(a) payment of the debts and liabilities of the company contracted before he ceases to be a member,

(b) payment of the costs, charges and expenses of winding up.' Overigens is het bedrag waar de *members* in de praktijk garant voor moeten staan erg laag gesteld. Het minimum is 1 pond.

266 Uitzonderingen zijn echter mogelijk, in het bijzonder waar het een zogenoemde *Charity* betreft.

267 Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 26-27.

268 Zie bijv. naast de reeds genoemde FSA tevens *Network Rail* en het domeinnaamregister *Nominet UK*.

269 Verwijzingen in de vennootschapsrechtelijk literatuur zijn minimaal. Zie bijvoorbeeld A.J. Boyle en J. Birds, *Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2007, p. 95, die in hun ruim 1000 pagina's tellende overzicht over *company law* slechts opmerken: 'Companies limited by guarantee are usually formed for the purpose of carrying on business as mutual insurance and trade protection societies, social, athletic and other clubs, and concerns in which it is not intended to make a profit'.

### 5.2.3 De community interest company (CIC)

Om tegemoet te komen aan de grote verscheidenheid van maatschappelijke organisaties zijn bijzondere mogelijkheden gecreëerd. Om te voldoen aan de specifieke behoefte van op een goed doel gerichte organisaties is de *Charitable Incorporated Organization* in het leven geroepen.<sup>270</sup> Daarnaast is in 2005 de *community interest company* (CIC) ingevoerd voor de maatschappelijke organisaties die geen *charity* zijn.<sup>271</sup> De CIC is een bijzondere vorm van de vennootschap om een gemeenschapsdoel (en derhalve niet zo zeer een charitatief doel) na te streven, met bovendien de beperkte mogelijkheid om winsten uit te keren.<sup>272</sup> Het betreft daarom eerder een bijzondere status van de vennootschap, dan een aparte rechtsvorm hoewel wel een ander regime geldt.<sup>273</sup> Op grond van *Section 6 Company Act 2006*, in overeenstemming met het tweede deel van de *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (*Chapter 27*), wordt over de *community interest company* gesteld:

‘a) a company limited by shares or a company limited by guarantee and not having a share capital may be formed as or become a community interest company.’

Op grond van artikel 58 sub 3 en 59 sub 3 *Company Act 2006*, zijn *community interest companies* niet verplicht de woorden *public limited company* of *limited* voor respectievelijk de *public* en de *private company*, in hun naam te voeren.<sup>274</sup> Alle CIC's zijn verplicht informatie over hun activiteiten openbaar te maken.<sup>275</sup> Door de flexibele en makkelijk op te richten rechtsvorm van de CIC, hoopte de wetgever tegemoet te komen aan ondernemingen die niet puur op winst zijn gericht en die hun gemaakte winsten weer in de onderneming willen brengen. Voor ondernemingen die niet als *charity* ingeschreven stonden werd het namelijk als problematisch ervaren om te verzekeren dat de winsten aan het algemeen belang ten goede kwamen, met name door de eis dat de winst ten gunste moet komen aan de aandeelhouders. Hoewel dit bezwaar te mitigeren valt door een zeer beperkt deel van de winsten voor de aandeelhouders te reserveren, was ook het vermogen van de vennootschap moeilijk voor het

270 Zie de *Charities Act 2006*. Zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 27.

271 Dergelijke maatschappelijke ondernemingen worden onder andere gedreven in *companies limited by guarantee, companies limited by shares, unincorporated associations*. Sommige zijn als '*charity*' geregistreerd, anderen niet.

272 Zie *Companies (Audit, Investigation and Community Enterprise) Act 2004*, Part 2. In 2010 zijn er ongeveer 3500 CIC werkzaam, zie P. Davies, *Introduction to Company Law*, New York: Oxford University Press 2010, p. 28.

273 De bepalingen met betrekking tot de *public limited company* worden wel uitgezonderd voor deze *community interest company*.

274 Zie echter art. 33(3) en (4) van de *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (c. 27)).

275 Zie <http://www.bis.gov.uk/cicregulator/forms-introduction>.

algemeen belang in te zetten waardoor de behoefte voor een specifieke rechtsvorm werd gevoeld. Bij een CIC zijn de mogelijkheden om dividenden aan de *members* uit te keren beperkt.<sup>276</sup>

Wanneer een *limited company* als een *community interest company* aangemerkt wil worden, moet de 'Regulator of community interest companies' de inschrijving in het register goedkeuren.<sup>277</sup> Hiervoor is ten eerste vereist dat het niet een van de CIC uitgesloten vennootschap betreft.<sup>278</sup> Ten tweede moet de vennootschap de 'community interest' test doorstaan. Dat wil zeggen dat: 'a reasonable person might consider that its activities are being carried out for the benefit of the community'.<sup>279</sup> Deze *community interest* test is ruimer, dan de zogenaamde *public interest* test die bestaat voor *charities* welke strikter is vanwege de door *charities* te genieten belastingvoordelen.

Desalniettemin is de CIC mijns inziens eerder bedoeld als rechtsvorm voor wat in Nederland de equivalent van de maatschappelijke onderneming zou zijn, en niet zo zeer als een overheidsonderneming.

### 5.3 Systeem van externe toezichthouders

#### 5.3.1 Algemeen

Om te voorzien in toezicht op de voornamelijk in de jaren tachtig geprivatiseerde overheidsbedrijven, is een systeem van concessieverlening in het leven geroepen. De concessiehouders zijn niet alleen gehouden aan de in de concessieovereenkomst opgenomen bepalingen, zij leggen bovendien verantwoording af aan de gebruikers van de (publieke) diensten door middel van verslaggeving. Daarnaast bestaat een uitgebreid scala aan sectorale toezichthouders die toezien op de uitvoering van de concessieovereenkomst en waken over de behartiging van het publieke belang. Reeds hier boven genoemd zijn de *Civil Aviation Authority* (CAA),<sup>280</sup> de *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem)<sup>281</sup> en de *Office of Rail Regulation* (ORR).<sup>282</sup> Ondanks het bestaan van modelconcessieovereenkomsten, kan in zijn algemeenheid lastig een nader overzicht worden gegeven van het systeem. Hieronder volgt een uiteenzetting

---

276 L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 21.

277 L. Sealy en S. Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 21.

278 Uitgesloten zijn bijvoorbeeld ondernemingen gericht op het voeren van politieke campagne.

279 Zie art. 35 (2) *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* (chapter 27).

280 Zie <http://www.caa.co.uk/>.

281 Zie <http://www.ofgem.gov.uk/Pages/OfgemHome.aspx>.

282 Zie <http://www.rail-reg.gov.uk/> en de volgende paragraaf.

van de wijze waarop het vervoer over het spoor is geregeld in het Verenigd Koninkrijk. Aan de orde komen de toezichthouder, het *Office of Rail Regulation* en de beheerder van het spoornet, *Network Rail*.

### 5.3.2 De Office of Rail Regulation

De *Office of Rail Regulation* (hierna: ORR) is in 2004 ingesteld op grond van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.<sup>283</sup> De ORR houdt toezicht op de wijze waarop de spoorwegbeheerder, *Network Rail* het spoorwegnetwerk beheert.<sup>284</sup> Daarnaast heeft de ORR sinds 2006 verantwoordelijkheid voor de veiligheid van het spoor.<sup>285</sup> De ORR is ingesteld als een onafhankelijk lichaam, vergelijkbaar met een Nederlandse zelfstandig bestuursorgaan, dat wordt geleid door een in beginsel onafhankelijk bestuur. De organisatie en het functioneren van de ORR wordt als het ware een onderneming op afstand van de minister geleid. De ORR handelt in beginsel ook in overeenstemming met de *Corporate Governance Code*.<sup>286</sup> Er zijn wel enkele bijzonderheden. In vijfjaarlijks overleg worden tussen het bestuur en de minister van transport afspraken gemaakt naar aanleiding van een periodiek verslag.<sup>287</sup> In het jaarlijkse *business plan* worden de financiële plannen voor het komende jaar beschreven.<sup>288</sup> De prestaties van het bestuur worden jaarlijks beoordeeld.<sup>289</sup> Overigens is de minister bevoegd om leden van het bestuur te ontslaan op grond van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.<sup>290</sup> De *chief executive* van de ORR is verantwoording verschuldigd aan het parlement onder andere over het gebruik van publieke middelen.

---

283 Het Office of Rail Regulation werd ingesteld naar aanleiding van het in 2004 verschenen rapport *The Future of Rail*, en verving daarbij de *Rail Regulator* zoals die was ingesteld in 1993 op grond van de *Railways Act*. Zie voor het door het ministerie van transport op gestelde rapport de website: [http://www.railwaysarchive.co.uk/documents/DfT\\_WP002.pdf](http://www.railwaysarchive.co.uk/documents/DfT_WP002.pdf).

284 Zie voor een beknopte omschrijving van de taken van de ORR de website van *Network Rail*: <http://www.networkrail.co.uk/aspx/717.aspx>.

285 Zie de *Railways Act 2005*.

286 Zie het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 41 e.v. Het rapport is te raadplegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

287 Zie het door de ORR in mei 2011 uitgebrachte verslag *Shaping Britain's railways: the periodic review* op de website van de ORR <http://www.rail-reg.gov.uk/pr13/PDF/shaping-britains-railways.pdf>.

288 Zie het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 41 e.v. Het rapport is raad te plegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

289 Zie bijvoorbeeld het door het ORR gepubliceerde *Annual report and Accounts 2011-12*, aangeboden conform art. 74 van de *Railways Act 1993*, p. 38 e.v. Het rapport is raad te plegen via de website <http://www.rail-reg.gov.uk/upload/pdf/annual-report-2011-12.pdf>.

290 De minister moet hier wel bepaalde in de wet neergelegde gronden in acht nemen. Zie Schema 1, par. 2 van de *Railways and Transport Safety Act 2003*.

### 5.3.3 De overheidsonderneming Network Rail nader bezien

*Network Rail* is eigenaar en beheerder van het nationale spoorwegennetwerk. Het betreft een *company limited by guarantee* die op basis van een licentieovereenkomst het spoor exploiteert.<sup>291</sup> Over de vraag of sprake is van een privaat dan wel een publiek geleide onderneming bestaat discussie. In theorie hebben we te maken met een rechtspersoon volgens privaatrecht. De rechtspersoon is echter door de Staat opgericht. Bovendien wordt de vennootschap door de Staat gefinancierd en staat de Staat garant voor de schulden van de vennootschap.<sup>292</sup> Met name de Staat wenst de vennootschap als een puur private onderneming te beschouwen.<sup>293</sup> Zolang *Network Rail* niet wordt gezien als een publieke organisatie, komen namelijk ook de enorme schulden van de onderneming niet op de rijksbegroting.<sup>294</sup>

Hoewel de onderneming geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, wordt deze als een commercieel bedrijf gerund. In plaats van aandeelhouders zijn er zoals hierboven reeds aan de orde kwam *members* waar het bestuur verantwoording aan verschuldigd is. Met betrekking tot de rol van *members* in vergelijking met die van aandeelhouders, vinden we op de website van *Network Rail*:

‘The members hold the board to account for their management of the business and monitor their standards of corporate governance. (...) Members do not have any financial or economic interest in the company. This means that they do not receive

---

291 Zie ook het artikel in *The Guardian*, ‘Rail buy-out too costly for government. Special report: transport in Britain’, maandag 30 juli 2001, waar wordt gesteld: ‘Although not nationalised as such the takeover by Network Rail of the railway infrastructure in 2002 following the liquidation of Railtrack, which although not a state owned company has no shareholders and is underwritten by the State. In addition prior to this the government began to make use of a residual shareholding of 0.2% (including voting rights) in Railtrack Group Plc leftover from the original sale.’

292 *Network Rail* heeft in 2002 de infrastructuur via een ingewikkelde procedure in handen gekregen. *Network Rail* heeft *Railtrack plc* gekocht van de *Railtrack Group plc* voor een bedrag van ongeveer 3 pond per aandeel. Had de overheid het netwerk door nationalisatie in handen willen krijgen dan had zij op grond van de zogenaamde Humans Rights Act de aandelen niet voor het zeer lage bedrag per aandeel kunnen kopen, maar zou een prijs worden berekend aan de hand van de gemiddelde, veel hoger liggende waarde van drie daarvoor liggende jaren.

293 Maar zie ook de verklaring op de website van *Network Rail*, waar te lezen is dat: ‘As a company limited by guarantee, we are a private company operating as a commercial business. (...) We are run like a listed company. The board runs Network Rail to the standards required of a company with shares listed on the London Stock Exchange, including compliance with governance codes and reporting requirements. We produce an Annual Report and Accounts and hold an Annual General Meeting (AGM). We also publish a business plan, known as the Delivery Plan, each year – something that very few other companies do.’ Zie <http://www.networkrail.co.uk/aspx/713.aspx>.

294 Zie bijvoorbeeld het *National Audit Office* dat de onderneming aanwijst als een staatsbedrijf, maar het *Office for National Statistics* blijft bij haar kwalificatie als privaat.

dividends, share capital or any other form of payment from Network Rail, except for travel expenses. (...) Members perform a similar role to shareholders in a plc. This means that they review our performance against our commercial and other targets as well as industry benchmarks for its provision, maintenance and management of the railway infrastructure. It is their duty to act in the best interests of the business without personal bias. They do not make any strategic decisions themselves but hold the board to account for its management of the company. In particular they seek assurance from the board that the necessary processes are in place and are being implemented to maintain high standards of corporate governance.<sup>295</sup>

Bij *Network Rail* zijn er ongeveer 100 *members*, bestaande uit vertegenwoordigers uit zowel de private als de publieke sector.<sup>296</sup> De *members* hebben vanwege de inrichting van *Network Railway* als een *company limited by guarantee*, beperkte bevoegdheden. Het *Department for Transport* (DfT) is echter een *member* met bijzondere rechten onder andere met betrekking tot de inrichting van de statuten. Het bepalen van de strategie en het management van de onderneming liggen in beginsel in handen van het bestuur, maar de DfT kan bijzondere zeggenschapsrechten hebben wanneer deze krediet verschaft voor de onderneming.

#### 5.4 Tussenconclusie

De ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk kunnen tot voorbeeld dienen voor het Nederlandse rechtspersonenrecht. Hoewel privatisering de voorkeur heeft gehad, betekent dit niet dat de overheid mogelijkheden om controle uit te oefenen op strategische sectoren of andere diensten die van publiek belang worden geacht, volledig heeft prijsgegeven. Met de besproken controlemogelijkheden, geeft het Engelse voorbeeld blijk van de gedachte dat privatisering geenszins betekent dat reële controlemogelijkheden op functioneren onderneming in vennootschapsvorm met publieke taak worden opgegeven. Het Engelse recht kan als inspiratie dienen om aanpassing van het vennootschapsrecht – indien daar vanwege maatschappelijke ontwikkelingen behoefte aan is – niet te schuwen. De mogelijkheden van controle die de overheid heeft gecreëerd met de oprichting en inrichting van externe toezichthouders zoals de ORR geeft aan hoe vorm wordt gegeven aan actief beleid om grip op het beleid in deze ondernemingen te houden. Ik wil hiermee niet zeggen dat in Nederland externe toezichthouders voor bepaalde ondernemingen die publieke taken uitvoeren moeten worden opgezet, maar ik denk dat het functioneren van externe toezichthouders als ORR als ware het een onderneming een succesvol voorbeeld is van de integratie van private normen en gebruiken in de

---

<sup>295</sup> Zie <http://www.networkrail.co.uk/aspx/721.aspx>.

<sup>296</sup> Uitgebreid over de taak en samenstelling van de *members* zie de website [www.networkrail.co.uk](http://www.networkrail.co.uk), in het bijzonder <http://www.networkrail.co.uk/aspx/721.aspx>.

publieke sector. Er zijn bijzondere rechtsvormen gecreëerd via welke de overheid in bepaalde ondernemingen beleidsbepalende invloed kan uitoefenen. Een soortgelijke aanpassing van de vennootschapsrechtelijke mogelijkheden in Nederland zou ook soelaas kunnen bieden voor het gevoel dat de Nederlandse overheid als gevolg van privatisering te veel van haar invloed in bepaalde ondernemingen heeft moeten opgeven. Met name de figuur van *members* lijkt een adequate mogelijkheid om voor wat betreft het bepalen van de strategie en het management van een onderneming een rol te geven aan anderen dan primair op winst gerichte (private) aandeelhouders.<sup>297</sup> Doordat de *members* meer een controlerende functie hebben dan een beleidsbepalende functie, past de figuur ook goed bij de gedachte een dienst op afstand van de overheid te zetten door privatisering terwijl nog wel de mogelijkheid bestaat een bepaald minimum niveau van de uitvoering van publieke taken te garanderen. Als *member* kunnen verschillende belanghebbenden controle uit oefenen, zo niet inspraak hebben bij het bestuur van de desbetreffende onderneming waardoor een breder draagvlak ontstaat voor de invulling van de uitvoering van de taken met een publiek karakter door private ondernemingen. Ondanks de aanwezigheid van verschillende belanghebbenden heeft de Dft binnen de verzameling van *members* bij *Network Rail* nog steeds een overwegende rol. Het behartigen van publieke belangen wordt aldus niet volledig overgelaten aan de overige (private) belanghebbenden.

## 6 CONCLUSIE

De kritiek op de Belgische vennootschap met sociaal oogmerk benadrukt terecht dat een specifieke rechtsvorm, in dit geval een rechtvorm voor de overheidsonderneming, alleen bestaansrecht heeft als deze voorziet in een bepaalde behoefte. Ik meen op grond van de voorgaande hoofdstukken dat er behoefte is aan een bijzondere rechtsvorm voor de overheidsonderneming. Dit wordt ondersteund door de bevinding dat in alle onderzochte rechtsstelsels – zelfs in het Verenigd Koninkrijk waar privatisering de sterke voorkeur heeft (gehad) – steeds een mogelijkheid in het vennootschapsrechtelijk kader is gecreëerd voor een bijzondere positie van de overheid dan wel van publieke belangen.<sup>298</sup> Voor wat betreft de regulering en de inrichting van een Nederlandse regeling voor een specifieke rechtsvorm voor de overheidsondernemingen, wil ik naar aanleiding van de in dit hoofdstuk onderzochte buitenlandse regelingen het volgende overwegen.

---

297 Zie met betrekking tot de invoering van een systeem met *members* voor de inrichting van de maatschappelijke onderneming J.M. De Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010, p. 241.

298 Zie bijvoorbeeld paragraaf 3.5.1 van dit hoofdstuk voor België.



In de Belgische AOB is een bijzondere positie voor de overheid gecreëerd voor belangrijke bevoegdheden zoals de ontbinding van de vennootschap. Deze ligt onder het Belgische Wetboek van Vennootschappen bij de vergadering van aandeelhouders, maar AOB wijkt hiervan af en legt deze bevoegdheid bij de overheid is neer. Een dergelijke bijzondere positie van de overheid kan echter ook uit het meerderheidsaandeelhouderschap voortvloeien. Het publieke meerderheidsaandeelhouderschap is in het geval een bijzondere positie van de overheid wordt gewenst, geschikt en mijns inziens noodzakelijk. Het is mijns inziens niet opportuun om regelgeving aan te nemen die een bijzondere positie voor de overheid tracht te creëren die de overheid ook zou hebben gehad als deze meerderheidsaandeelhouder was, ook vanwege mogelijke strijd met de relevante vrijverkeersregels. Hoewel ik de overwegingen begrijp om een bijzondere positie voor de overheid op te nemen in de statutaire bepalingen zoals ook in Duitsland gebeurt, meen ik dat dit in verband met de in hoofdstuk 5 besproken 'gouden aandeel' toets onder de relevante vrij verkeerregels, problematisch kan zijn. Aanpassing van de statutaire bepalingen om de vennootschapsrechtelijke verhoudingen in te kleuren zodat de onderneming meer is toegesneden op de behartiging van de betrokken publieke belangen is mijns inziens inderdaad wenselijk. Het zou echter beter zijn om niet een bijzondere verwijzing naar de positie van de overheid op te nemen, maar in plaats daarvan een verwijzing naar de specifieke publieke belangen in de statutaire bepalingen op te nemen. Hierbij past wat betreft de beleidsvorming omtrent strategische belangen, het instellen van een met de Franse *Strategy Committee* vergelijkbaar orgaan binnen de overheidsonderneming.