

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

8 | Conclusie en aanbevelingen

1 INLEIDING

In dit hoofdstuk vat ik in paragraaf 2 de hoofdbevindingen van het onderzoek samen om vervolgens in paragraaf 3 de hoofdvraag van dit onderzoek – te weten de vraag of het Nederlandse rechtspersonenrecht een specifieke regeling dient te kennen voor de privaatrechtelijke rechtsvorm van de overheidsonderneming – te kunnen beantwoorden. Ik beargumenteer hieronder dat deze rechtsvorm hiervoor in beginsel weliswaar geschikt is, maar dat deze meer op het publieke belang zou moeten worden toegesneden, waardoor de specifieke publieke taakbeartiging beter kan worden verzekerd. Er wordt voorts bekeken welke aspecten mee zouden kunnen worden genomen om de rechtsvorm van de Nederlandse kapitaalvennootschap te verbeteren om aldus tot de inrichting van een eigen rechtsfiguur voor overheidsondernemingen te komen. In paragraaf 3 worden aanbevelingen gedaan voor de inrichting van een nieuwe rechtsfiguur – althans een modificatie van de naamloze vennootschap – voor de overheidsonderneming, de zo te noemen publieke naamloze vennootschap.

2 ONDERZOEKSBEVINDINGEN

2.1 Hoofdstuk 1

In dit hoofdstuk is de historische ontwikkeling van de taak van de overheid en haar betrokkenheid bij de (overheids)onderneming geschetst als achtergrond voor de onderzoeksvraag. Ik heb de in het onderzoek gebruikte terminologie toegelicht. De overheidsonderneming is ‘een organisatie die 1) een onderneming drijft en die 2) duurzaam verbonden is met de overheid.’¹ Met ‘een organisatie’ wordt een onderneming bedoeld volgens het door het HvJ EU geformuleerde Europeesrechtelijke functionele begrip van een onderneming. De verbondenheid met de overheid moet bestaan uit verschillende elementen. Zo moet het politiek gezien wenselijk zijn dat de overheid (overwegende) invloed op (het bestuur van) de onderneming kan uitoefenen vanwege de wens

1 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

toezicht te houden op de uitoefening van de aan de onderneming toekomende publieke taken zodat het desbetreffende publieke belang optimaal wordt verzekerd.² Voor de overheidsonderneming is van belang dat de overheid (mede) door middel van privaatrechtelijke bevoegdheden een *overwegende* mate van invloed uitoefent die als beleidsbepalend geldt. De onderneming moet daarom als overheidsonderneming worden aangemerkt 'wanneer de zeggenschap van de overheid dusdanig is dat zij op de nodige bepaalde strategische beslissingen van de onderneming een doorslaggevende invloed heeft'.³ De overheid kan een doorslaggevende invloed hebben vanwege de institutionele verbondenheid (zoals wanneer de overheid zitting heeft in een van de vennootschapsorganen), maar ook andere sturingsinstrumenten zijn denkbaar.

Vanwege haar politieke eindverantwoordelijkheid wil de overheid aldus steeds mede een beleidsbepalende rol hebben. De *autonomie* van de overheidsonderneming zou derhalve beperkt moeten zijn doordat de overheid vanuit de wens het publieke belang te behartigen, een beleidsbepalende invloed heeft op (strategische) beslissingen die normaliter volgens het (huidige) algemene vennootschapsrechtelijke kader behoren tot de autonomie van (het bestuur van) de onderneming.⁴ Derhalve staat de door de overheid gewenste beperking van de zeggenschap *binnen* de onderneming ten behoeve van het verzekeren van het publieke belang centraal. Deze beperking kan liggen in een institutionele verbondenheid middels een meerderheidsbelang van publieke aandeelhouders, maar tevens door de inhoud van statutaire bepalingen. Hoewel ook een overeenkomst, een concessie of andere sturingsinstrumenten met een directe en beperkende invloed op de onderneming kunnen bewerkstelligen, is voor de vraag of sprake is van een overheidsonderneming essentieel of daarmee ook de autonomie van de onderneming is beperkt. Bij een overeenkomst is dit in beginsel niet het geval. Formeel kan een aan een dergelijke overeenkomst gebonden onderneming besluiten niet na te komen.

Ik heb bewust gekozen voor een dergelijke afgebakende definitie om te voorkomen dat onduidelijk is of sprake is van een overheidsonderneming. Binnen de ondernemingen waarin de overheid in welke vorm dan ook aanwezig is, richt ik mij op de ondernemingen waarin de overheid met behulp van en soms in aanvulling op het reguliere juridische kader overheidsinvloed uitoefent vanwege de wens een zeker publiek belang op de lange termijn te willen verzekeren.

2 Een publieke taak is een taak van algemeen belang die politiek gezien onder de verantwoordelijkheid van de overheid valt.

3 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

4 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 1.

2.2 Hoofdstuk 2

In de praktijk worden privaatrechtelijke rechtsvormen gebruikt voor de behartiging van publieke taken. In hoofdstuk 2 is onderzocht in hoeverre de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht als sturingsinstrument. De overheid is – ondanks bepaalde beperkingen – bevoegd om gebruik te maken van private rechtsfiguren. Om de centrale vraag in dit onderzoek te kunnen beantwoorden moeten de verschillende rechtsvormen waarin de overheidsonderneming zou kunnen worden ondergebracht, onderzocht. In het hoofdstuk heb ik het algemene vennootschapsrechtelijke kader en de verschillende voor (overheids)ondernemingen gebruikte privaatrechtelijke rechtspersonen besproken om deze te kunnen beoordelen op hun geschiktheid voor het onderbrengen van de onderneming met een publiek belang. Ik acht de naamloze vennootschap het meest geschikt voor het drijven van een overheidsonderneming mede omdat deze primair voor het drijven van een onderneming is bedoeld, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de stichting en de vereniging.

2.3 Hoofdstuk 3

Er is besproken dat het handelen van de overheidsonderneming – hoewel deze niet (steeds) te vereenzelvigen is met de overheid – mijns inziens mede kan en moet worden getoetst aan – althans mede worden ingekleurd aan de hand van – bepaalde bestuursrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toepasselijkheid moet eventuele bezwaren tegen het gebruik van het privaatrecht door de overheid wegnemen. Mijns inziens rechtvaardigt de bijzondere positie van de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen ook een bijzonder normenkader waarbij publieke beginselen invloed hebben op dit privaatrechtelijke kader. De toepassing van bestuursrechtelijke normen is niet alleen wenselijk of gerechtvaardigd vanwege specifieke mededingingsrechtelijke overwegingen, maar ook omdat de onderneming een bijzondere – namelijk publieke taak – heeft. Ook wanneer de overheidsonderneming geen openbaar gezag heeft, zou het mijns inziens passend zijn om de privaatrechtelijke normen die gelden voor het handelen met betrekking tot de publieke taak mede aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in te kleuren.

Er is besproken dat over de toepasselijkheid van algemene beginselen op het handelen van niet-overheidsorganen zeker nog geen consensus bestaat. Maar mijns inziens verschilt de overheidsonderneming van andere reguliere ondernemingen die geen publieke taak verrichten. Dit is bijvoorbeeld zelfs het geval wanneer een reguliere onderneming wordt gefinancierd met overheidsgelden, maar op deze onderneming geen beleidsbepalende overheidsbeïnvloeding plaatsvindt ten aanzien van de specifiek door de onderneming

te behartigen publiek belangen. Per geval zal de invulling van het hybride privaat-publieke kader moeten worden bepaald.

Er vindt aldus wanneer de overheid deelneemt in een overheidsonderneming op verschillende wijzen interactie plaats tussen publiek- en privaatrecht. Ik heb geconcludeerd dat mijns inziens, allereerst voorafgaand aan het oprichten of deelnemen in een privaatrechtelijke onderneming, aan de doorkruisingsleer wordt getoetst of de overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen. Vervolgens dat – wanneer de overheid een privaatrechtelijke rechtsfiguur heeft opgericht, of hierin deelneemt – haar handelen steeds is onderworpen aan zowel de privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen via art. 3:14 BW. Tenslotte geldt dat ook voor het handelen van de overheidsonderneming een doorlopende toets van toepassing is door het juridische kader dat een wisselwerking is van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen die zowel beperkend als verruimend kunnen werken. Deze doorlopende toets moet als een extra waarborg tegen misbruik van het privaatrecht door de overheid worden gezien, die de bezwaarlijkheid van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen mijns inziens wegneemt.

2.4 Hoofdstuk 4, 6 en 7

In het kader van de centrale onderzoeksvraag moet worden bezien of het huidige vennootschapsrechtelijke kader van de NV voldoet voor publieke taakbehartiging (door de overheid). Aan de hand van een bespreking van de beschikbare vennootschapsrechtelijke mogelijkheden waarin overheidsbeïnvloeding in de Nederlandse kapitaalrechtsvorm kan plaatsvinden, concludeer ik dat deze in het bestaande kader reeds sterker kan worden toegesneden op de behartiging van een publieke taak. De Nederlandse kapitaalvennootschapsvorm kan verbeterd worden om de behartiging van publieke belangen een stevigere plaats in de vennootschapsrechtelijke institutionele structuur te geven.⁵ Maar het specifiek vennootschapsrechtelijk kader om overheidsinvloed vorm te geven dient mijns inziens nog meer te worden verbeterd. Aanknopingspunten voor deze verbeteringen worden gevonden in de in hoofdstuk 6 besproken *case studies* van Nederlandse overheidsondernemingen en de in hoofdstuk 7 besproken rechtsvergelijking met het Belgische, Franse en Engelse recht.⁶

De bespreking van de bevindingen over de verschillende vennootschapsrechtelijke mogelijkheden voor overheidsinvloed van hoofdstuk 4 en de bevindingen

5 'Dient het Nederlandse recht een specifieke regeling te kennen voor de privaatrechtelijke rechtsvorm van de overheidsonderneming?' Zie hoofdstuk 1, p. 16.

6 Zie hoofdstuk 7.

van de hoofdstukken 6 en 7 worden besproken in paragraaf 3 van dit hoofdstuk waar de inrichting van een nieuwe eigen rechtsfiguur voor de overheidsonderneming, namelijk de publieke vennootschap, wordt besproken.

2.5 Hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 is onderzocht in hoeverre het Europese recht de lidstaten toestaat om overheidsinvloed in private ondernemingen te bewerkstelligen. Hiertoe zijn de voor de overheidsonderneming relevante Europeesrechtelijke normen besproken. Of onder Europees recht ruimte bestaat voor publieke taakbehartiging via een overheidsonderneming, is beoordeeld aan de hand van de samenhang tussen artikel 345 VWEU, artikel 106 VWEU, de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersjurisprudentie en de staatssteunregeling.

De vraag of een absoluut privatiseringsverbod volgens artikel 345 VWEU is toegestaan en de desbetreffende (overheids)maatregel buiten het toepassingsbereik van de verdragen plaatst, is momenteel aanhangig bij het HvJ EU. Op grond van artikel 106 VWEU kan voor de (financiering van een) overheidsonderneming als verschaffer van een dienst van algemeen belang, een bijzondere uitzonderingspositie verkregen worden voor de toepasselijkheid van de staatssteunregels. Zonder deze uitzonderingspositie zal de overheidsonderneming echter onder de onverkorte toepassing van de verdragsregels vallen, waarbij met name de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersbepalingen en de staatssteunbepalingen beperkingen kunnen inhouden voor de bevoegdheid van lidstaten om de publieke taakbehartiging vorm te geven via private ondernemingen. De mogelijkheden om publieke taakbehartiging als rechtvaardigingsgrond van schendingen van de verdragsbepalingen aan te voeren, verschillen al naar gelang sprake is van toepasselijkheid van de mededingingsregels, de vrijverkeersregels en de staatssteunregels. Ik heb in het bijzonder aandacht besteed aan een bespreking van de vrijverkeersregels in verband met de gouden aandelenproblematiek. Een rechtvaardiging op grond van publieke belangen wordt onder de vrijverkeerstoets behandeld als afwijking van de fundamentele verdragsregelingen en is derhalve ondergeschikt aan het belang van de vervolmaking van de interne markt. De zeer brede interpretatie van handelsbelemmeringen en de rigide toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals uitgewerkt in de Belgische gouden aandeeljurisprudentie beperken de bevoegdheid van lidstaten om overheidsingrijpen via vennootschapsrechtelijke constructies vorm te geven, sterk. Afwijking van een wettelijke basisregeling voor een rechtsvorm in het algemene vennootschapsrechtelijke kader om bijzondere bevoegdheden voor de overheid te creëren is tot dusver niet goed mogelijk gebleken. Het moet mijns inziens echter wel mogelijk zijn voor de overheid om gebruik te maken van deze algemene vennootschapsrechtelijke bevoegdheden zoals deze gelden voor de besluitvorming in de onderneming wanneer hierbij geen bijzondere van het nationale vennootschapsrecht

afwijkende bevoegdheden worden gecreëerd. Toekomstige uitspraken van het HvJ EU moeten uitwijzen in hoeverre deze ruimte inderdaad bestaat.

Op de overheidsonderneming als hybride constructie van publiek- en privaatrechtelijke regelingen, kunnen de mededingingsrechtelijke bepalingen (waaronder de staatssteunregeling) en vrijverkeersbepalingen cumulatief van toepassing zijn. De vrijheid van de lidstaten om de overheidsonderneming vorm te geven wordt in meerdere opzichten beperkt. De Europeesrechtelijke beperkingen gelden ten eerste voor de wijze waarop lidstaten trachten een van het gewone vennootschapsrechtelijke regime afwijkende positie voor zichzelf te creëren. Ten tweede geldt ook dat de wijze van financiering van een overheidsonderneming met het doel een dienst van algemeen economisch belang uit te voeren, wordt begrensd. Ten derde wordt de toegestane ruimte voor handelen door de overheidsonderneming als onderneming met een machtspositie ook beperkt door het Europeesrechtelijke kader.

3 DE PUBLIEKE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

3.1 Behoefte aan een vennootschap ter behartiging van het publieke belang

Er wordt in de politiek belang gehecht aan de verlening van bepaalde diensten die daarmee worden aangemerkt als publieke taken, zoals de in hoofdstuk 1 genoemde ophaaldiensten voor huisafval.⁷ Hiervoor bestaat, ondanks dat deze wellicht op afstand van de overheid in private ondernemingen worden uitgevoerd, politieke verantwoordelijkheid. De overheidsonderneming als hybride figuur moet daarom zowel plaatsbieden voor het laten uitvoeren van bepaalde publieke taken middels de daartoe geboden mogelijkheden in het privaatrecht, als voor de sturing (op afstand) door de overheid ter borging van het publiek belang. Ik meen dat het gewenst is een eigen rechtsvorm in te richten voor dergelijke overheidsondernemingen. De redenen waarom een specifieke rechtsvorm op basis van de kapitaalrechtsvorm mijns inziens wenselijk is, kunnen worden samengevat onder de volgende drie noemers, te weten herkenbaarheid, legitimiteit en doelgerichtheid. Omdat deze redenen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zal ik deze hieronder gezamenlijk bespreken.

De bestaande diversiteit – die het gevolg is van de verschillende opties die het Nederlandse rechtspersonenrecht biedt – kan als wenselijk worden gezien om de overheid de vrijheid te bieden een privaatrechtelijke rechtsvorm te kiezen die het beste aansluit bij de uitvoering van de desbetreffende publieke taak en het bijbehorende publieke belang. Een nadeel van deze diversiteit is echter dat deze de *herkenbaarheid* van overheidsondernemingen niet ten goede

7 Zie art. 10.21 lid 1 Wet milieubeheer.

komt. Deze *herkenbaarheid* van de overheidsonderneming is nodig om enerzijds het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm te legitimeren en anderzijds de doelgerichtheid van het handelen van de privaatrechtelijke rechtsvorm ten behoeve van het publieke belang te kunnen borgen. Ik kom hier hieronder op terug.

Vanwege het feit dat het in beginsel bij de overheidsonderneming primair gaat om een te exploiteren *onderneming*, lijkt mij de kapitaalrechtsvorm in het bijzonder aangewezen. Zoals in hoofdstuk 4 geconcludeerd is vervolgens de naamloze vennootschap de meest geschikte voor het drijven van een overheidsonderneming. In deze rechtsvorm kan een in beginsel privaat ingerichte onderneming publieke taken op zich nemen. Indien een private onderneming een publieke taak uitoefent, is het vanwege de politieke verantwoordelijkheid belangrijk dat de overheid toeziet op de uitvoering van deze publieke taak. De publieke taakbeartiging door de private onderneming vindt op afstand plaats, maar het toezicht kan mijns inziens evenwel niet op te grote afstand geschieden. Overheidsinvloed moet op een zodanige wijze mogelijk zijn dat het desbetreffende publieke belang effectief kan worden geborgd. De overheid kan mede via het privaatrecht toezien op de publieke taakbeartiging door de private onderneming. Het bestaande rechtspersonenrecht is echter in het algemeen niet afdoende toegesneden op het geval dat de overheid een publiek belang expliciet wil verzekeren. De overheid probeert beleidsbepalende invloed uit te oefenen via het publieke aandeelhouderschap, maar de inrichting van de kapitaalrechtsvorm kan en moet mijns inziens verbeterd worden teneinde een stevigere plaats voor de publieke taakbeartiging te bewerkstelligen in het vennootschapsrechtelijke kader (zie hierna paragraaf 3.2). De overheidsinvloed dient *effectiever* te worden vormgegeven. Herkenbaarheid van de prioriteit vergroot ook de *legitimititeit* van de bijzondere inkleuring omdat de bijzondere positie van het publieke belang kenbaar is voor alle betrokkenen.

Voor overheidsondernemingen kan een modificatie van de vennootschapsrechtsvorm behulpzaam zijn. 'Meer focus op borging van publieke belangen dient [immers] plaats te vinden binnen de kaders van het vennootschapsrecht'.⁸

Kortom, een bijzondere rechtsvorm kan verduidelijken dat bij de hierin ondergebrachte ondernemingen een bijzondere positie voor het publieke belang is ingeruimd. Het instellen van een bijzondere op het publieke belang gerichte rechtsvorm maakt voor allen vooraf en via objectieve criteria duidelijk wanneer sprake is van een overheidsonderneming, waardoor mijns inziens gehandeld wordt met in achtneming van de Europeesrechtelijke eisen zoals ik in hoofdstuk 5 heb behandeld.

8 Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 28 165, nr. 69, p. 15 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

Deze nieuwe rechtsfiguur die ik voorstel als modificatie van de naamloze vennootschap heeft mijns inziens vanwege verschillende redenen een meerwaarde ten opzichte van het huidige vennootschappelijk kader. Allereerst blijkt er een behoefte te bestaan aan de uitvoering van publieke taken op een zekere afstand van de overheid door in beginsel privaat ingerichte ondernemingen. Ten tweede kan de nieuwe rechtsfiguur zorgen voor verduidelijking voor wat betreft de prominente plaats van het publieke belang in (het handelen van) de onderneming, de positie van de overheid en het toepasselijke normenkader. Indien het publieke belang een prominentere rol krijgt in de overheidsonderneming, zal dit de *doelgerichtheid* van de overheidssturing vergroten. Daarbij zal het ook mogelijk zijn de vennootschapsrechtelijke verhoudingen meer te laten inkleuren door de vraag of het publieke belang wordt geborgd. Vanwege de bijzondere plaats die het publieke belang in het vennootschapsrechtelijk kader van een specifiek daarop gerichte kapitaalsrechtsvorm krijgt, kunnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen en het toepasselijke normenkader op het handelen van de overheidsonderneming meer vanuit het oogpunt van de publieke taakbehartiging worden ingevuld.

3.2 De inrichting van de overheidsonderneming in de publieke naamloze vennootschap

3.2.1 Algemeen

De basis voor de publieke naamloze vennootschapsvorm is de regeling voor de naamloze vennootschap. Hieronder worden de verschillen in de door mij voorgestelde regeling van de nieuwe rechtsfiguur met de geldende wettelijke regeling besproken. Voor het overige verwijs ik naar de behandeling van de regeling van de naamloze vennootschap zoals besproken in hoofdstuk 4.

3.2.2 *Verplichte naamvoering van de publieke naamloze vennootschap*

De onderneming die voldoet aan de kenmerken van de definitie zoals behandeld in hoofdstuk 1, is zonder uitzondering een overheidsonderneming. Deze kwalificatie is niet optioneel. Alle overheidsondernemingen zouden mijns inziens in beginsel in de hiervoor bedoelde vennootschapsvorm moeten worden ondergebracht om aldus een versterking van de positie van publieke taakbehartiging te bewerkstelligen en ook om aldus de herkenbaarheid van de overheidsonderneming te bevorderen. Daarbij moet de naam 'publieke naamloze vennootschap' (af te korten als: pnv) in beginsel steeds worden gevoerd. Door verplicht te stellen dat overheidsondernemingen in de publieke naamloze vennootschap worden ondergebracht, vindt ook harmonisatie plaats ten aanzien van het beleid voor overheidsondernemingen.

3.2.3 De doelomschrijving en winstmaximalisatie

Ik meen dat de statutaire doelstelling met het daarin opgenomen specifieke publieke belang zowel extern, als intern juridische waarde toekomt. Dat wil zeggen dat de vennootschap zich op doeloverschrijding van het publieke doel kan beroepen tegenover derden, dat bestuurders die in strijd handelen met het publieke doel hiervoor aansprakelijk kunnen worden gesteld en dat bovendien de positie van de overige organen ten opzichte van de vennootschap door een dergelijke publieke taak doelstelling zal worden beïnvloed. Voor externe werking is herkenbaarheid van het publieke karakter van de onderneming echter wel een vereiste. De publieke taakbeartiging moet daartoe zeer bepaald en gespecificeerd in het statutaire doel van de overheidsonderneming worden omschreven. Met de doelomschrijving moet de prioriteit ten aanzien van de uitvoering van de publieke taak worden aangegeven. Het publiek belang zal door de uitdrukkelijke inbedding in het vennootschapsrechtelijk kader van de rechtspersoon (het statutair doel) zo een duidelijke betekenis ten aanzien van de te behalen doelen kunnen krijgen. Bovendien zal opname van een verwijzing in de doelstelling naar het publiek belang, de invulling van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

Ook de relatie tussen het winstdoelmerk en het publiek belang moet uitdrukkelijk worden vermeld. Winstdoelmerk mag aanwezig zijn, maar een eventuele winstuitkering mag niet ten koste gaan van de publieke taakbeartiging. Zowel aandeelhouders als certificaathouders zijn aldus op de hoogte van het feit dat bij de dividenduitkering rekening moet worden gehouden met het in de doelstelling opgenomen publiek belang. Het dividend moet aldus – afhankelijk van de relatieve omvang van de publieke taakuitvoering – worden gemaximaliseerd.⁹ De uitwerking hiervan kan in een uitvoeringsconvenant worden geregeld op grond waarvan uit de jaarrekening moet blijken dat de uitkering conform is.

3.2.4 Bijzondere zeggenschaps- en goedkeuringsrechten

Vanwege de in hoofdstuk 5 besproken vrijverkeersregels zijn constructies die bijzondere rechten voor de overheid bedingen buiten het reguliere vennootschapsrechtelijke kader niet snel toelaatbaar. Wel kan de overheid als meerderheidsaandeelhouder met gebruikmaking van het reguliere vennootschapsrecht de in hoofdstuk 4 besproken zeggenschaps- en goedkeuringsrechten uitoefenen.

⁹ Zie in vergelijkbare zin met betrekking tot de inrichting van de maatschappelijke onderneming J.M. De Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010, p. 241. Auteurs stellen voor bepaalde ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling, een *asset lock* voor.

Voor de door de overheid beoogde effecten is noodzakelijk dat de structuurregeling buiten toepassing wordt verklaard voor de overheidsonderneming. In afwijking op de regeling voor de naamloze vennootschap moet de toepasselijkheid van de structuurregeling in beginsel worden uitgesloten, omdat deze de vennootschapsrechtelijke verhoudingen te ingrijpend wijzigt voor een adequate overheidsbeïnvloeding van de overheidsonderneming. Op grond van de huidige regeling is een gemitigeerd regime mogelijk van toepassing bij een 100 procentsaandeel van de overheid, maar ook indien de Staat een belang van ten minste 50 procent vertegenwoordigt, moet dit gemitigeerde regime van toepassing zijn, hetzij rechtstreeks via de door mij voorgestelde nieuwe wettelijke regeling, hetzij via de goedkeuring zoals bedoeld in artikel 2:156 BW.

De publieke (meerderheids) aandeelhouder benoemt (mede) de commissarissen. Het zou overigens goed zijn als de beleidsverantwoordelijke minister hierbij wordt betrokken. Op grond van artikel 2:143 BW kan deze betrokkenheid statutair verzekerd worden om weliswaar in samenspraak met de publieke aandeelhouders, een derde van het totaal van de commissarissen te benoemen. Vanwege de gewenste transparantie, helderheid en consistentie is een recht op benoeming van commissarissen in een 'contract' met de aandeelhouders van de vennootschap mijns inziens niet geschikt.

Wat betreft de door de overheid benoemde commissaris heb ik geconcludeerd dat deze commissaris een nuttige informatiefunctie kan vervullen. De overheid heeft echter niet de mogelijkheid om via een door hem benoemde commissaris het publieke belang te laten prevaleren in het beleid van de onderneming.

3.2.5 *De strategische commissie voor het publiek belang*

Gebaseerd op de Franse *Strategy Committee* moet binnen overheidsondernemingen een 'strategische commissie voor het publiek belang' worden ingericht, om aldus de behartiging van publieke belangen op de lange termijn in het oog te houden. Het orgaan zou georganiseerd kunnen worden als commissie binnen de raad van commissarissen, bij voorkeur onder leiding van een door de overheid aangewezen commissaris en verplicht moeten worden gesteld voor alle overheidsondernemingen. In het jaarverslag moet een paragraaf worden opgenomen met betrekking tot de invulling en uitwerking van de strategie met betrekking tot het publiek belang en de verhouding tot de overheid.

3.2.6 *Certificering*

In hoofdstuk 4 zijn de verschillende beïnvloedingsmogelijkheden voor de overheid via vennootschappelijke organen besproken. Geïnspireerd door

enerzijds het *member* systeem zoals dat in het Verenigd Koninkrijk bestaat bij de *company limited by guarantee* en anderzijds door de oprichting van een stichting administratiekantoor voor het beheer van de staatsdeelnemingen in enkele financiële instellingen, zou certificering van aandelen in alle overheids-ondernemingen een mogelijkheid moeten zijn. Dit om een zekere mate van overheidsbeïnvloeding, hoewel weliswaar op afstand, te behouden. De aandelen worden gehouden door een stichting administratiekantoor waarvan het beheer alleen in publieke handen is; private investeerders zouden slechts certificaten in de onderneming kunnen verkrijgen.

4 VOORSTEL TOT COÖRDINATIE VAN BELEID MET BETREKKING TOT OVERHEIDS- ONDERNEMINGEN: CENTRALISATIE

4.1 Algemeen

Er zijn meerdere redenen om beleid ten aanzien van overheidsondernemingen te willen centraliseren. In de hoofdstukken 6 en 7 heb ik problemen geanalyseerd, en de gevolgen besproken van het ontbreken van (afdoende uniforme) coördinatie en een bevoegdheidsverdeling tussen de bij eenzelfde overheids-onderneming betrokken publieke lichamen. Zoals besproken in de hoofdstukken 1 en 4 is er een aanvang gemaakt met de uniformering van het beleid met betrekking tot *staatsdeelnemingen* in de Nota Deelnemingen 2007. Dit neemt niet weg dat de verhouding tussen de minister van Financiën en een eventueel (voor een overheidsonderneming) beleidsverantwoordelijk departement mijns inziens vastgesteld en geformaliseerd zou moeten worden, om aldus de overheidsbeïnvloeding te kunnen optimaliseren. Dit geldt niet alleen voor de actoren op rijksniveau. Gecentraliseerde, uniforme coördinatie tussen alle bij dezelfde overheidsonderneming betrokken publieke lichamen – zoals de verhouding tussen de Staat en decentrale overheden met een aandelenbelang – is mijns inziens wenselijk.

Deze coördinatie kan aan het ministerie van Financiën – dat reeds verantwoordelijk is voor het staatsdeelnemingenbeleid – worden toevertrouwd.¹⁰ Hiertoe zou naar Frans voorbeeld een agentschap bij het ministerie van Financiën kunnen worden ondergebracht dat zich richt op het beleid met betrekking tot overheidsondernemingen.¹¹ Ook de vaststelling van (een) mijns inziens noodzakelijk geformaliseerd beleid ten aanzien van de afstoting van (specifieke) overheidsdeelnemingen zou hier ook onder kunnen vallen. Door de keuze

10 Zie over de coördinatie tussen de verschillende bij staatsdeelnemingen betrokken departementen, het rapport Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO) Staatsdeelnemingen, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 165, nr. 148.

11 Zie par. 4.3.2 van hoofdstuk 7.

om het beleid bij een agentschap al dan niet onder het ministerie van Financiën onder te brengen, kan men bovendien de overheidsondernemingen op grotere afstand van de politiek zetten. Overigens realiseer ik me dat de invoering van een agentschap zoals in Frankrijk geen garantie is voor de gewenste uitvoering van het beleid. Door het autonome karakter van de onderneming, blijft de uitvoering in hoge mate afhankelijk van het handelen van de (bestuurders van de) desbetreffende vennootschappen. Zo proberen veel Franse vennootschappen met een staatsbelang via Nederlandse vennootschappen de Franse belastingheffing te omzeilen, ondanks het feit dat de voor staatsdeelnemingen verantwoordelijke minister dit heeft afgekeurd.

4.2 Het uitvoeringsconvenant

Voor de uitwerking van de verhouding tussen de overheid en de overheids-onderneming moet, geïnspireerd op het Belgische beheerscontract, een zogenoemd uitvoeringsconvenant worden gesloten. Hierin worden de bijzondere regels en voorwaarden vastgelegd. Het publieke belang en de publieke taak zijn dan verankerd in de doelomschrijving en uitgewerkt in dit uitvoeringsconvenant. Vanwege deze verankering en de publieke taakuitvoering nemen bestuursrechtelijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke plaats in, mede voor de invulling van de verhoudingen in het institutioneel kader van de overheidsonderneming maar ook invulling van de verhouding tussen de overheid en de overheidsonderneming en de verhouding tussen de overheidsonderneming en afnemers van de publieke diensten. De precieze publiekrechtelijke inkleuring van private normen moet per overheidsonderneming worden vastgesteld. Omdat de naamloze vennootschap van publiek recht een privaatrechtelijke rechtspersoon is, valt deze voor zover deze geen openbaar gezag heeft, in beginsel onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

4.3 Informatievoorziening ten behoeve van transparantie

Ik acht informatievoorziening over het beleid met betrekking tot de invulling van het publiek belang en de in het uitvoeringsconvenant vastgelegde doelen in het jaarverslag noodzakelijk. De op grond van het uitvoeringsconvenant betrokken overheden zouden door de overheidsondernemingen in ieder geval jaarlijks schriftelijk op de hoogte moeten worden gesteld van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en de invulling van de publieke taak. Dit in aanvulling op eventueel relevante sectorspecifieke wetten met regels dienaangaande.

5 VOORSTEL ARTIKEL 2:151A BW VOOR DE INVOERING VAN DE PUBLIEKE
NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

Met de onduidelijkheid over de reikwijdte van de regeling van de Belgische naamloze vennootschap van publiek recht in gedachten, zou mijns inziens niet het op de overheidsonderneming toepasselijke recht moeten bepalen of een onderneming een overheidsonderneming is. Bepalend zijn de in hoofdstuk 1 genoemde elementen van de definitie van de overheidsonderneming.¹² De regeling voor de zogenoemde publieke naamloze vennootschap als artikel 2:151a BW met betrekking publieke naamloze vennootschap zou kunnen worden geplaatst na de regeling met betrekking tot de naamloze vennootschap en vóór de structuurregeling. De vennootschap brengt haar statuten in overeenstemming met artikel 2:151a BW.

Het door mij voorgestelde artikel 2:151a BW moet aldus luiden:

‘Art. 151a

1. Een vennootschap valt aan te merken als een overheidsonderneming, indien de Staat, de provincies, de gemeenten of waterschappen, daarin al dan niet tezamen met een andere in artikel 1 boek 2 BW bedoelde rechtspersoon ten minste 50 procent van het geplaatste kapitaal verschaft of anderszins een duurzame overwegende beleidsbepalende invloed binnen de onderneming heeft, met het oogmerk duurzaam invloed uit te kunnen oefenen op de strategie met betrekking tot het in lid 3 van dit artikel bedoelde publiek belang.
2. De naam van de vennootschap begint of eindigt met de woorden Publieke Naamloze Vennootschap, hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot “P.N.V.”
3. De publieke doelstelling van de vennootschap blijkt duidelijk uit het in de statuten opgenomen doel.
4. Indien de Staat mede aandelen in de vennootschap houdt, wordt tussen de minister van Financiën, de minister van het verantwoordelijk vakdepartement, de institutioneel bij de vennootschap betrokken decentrale overheden en de publieke naamloze vennootschap ter nadere invulling van de doelomschrijving een uitvoeringsconvenant gesloten.
5. De jaarrekening wordt slechts vastgesteld indien blijkt dat de uitkering van winst in overeenstemming is met het uitvoeringsconvenant. Het niet uitgekeerde deel van de winst wordt toegevoegd aan de statutaire reserves.
6. In het jaarverslag wordt door het bestuur ingegaan op de invulling van het publiek belang en de in het uitvoeringsconvenant vastgelegde doelen.
7. Conform artikel 2:143 bepalen de statuten dat een derde van het gehele aantal van de commissarissen wordt benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de beleidsverantwoordelijke vakminister.
8. In aanvulling op art. 2:141 lid 2 stelt het bestuur de aandeelhouder en de beleidsverantwoordelijke vakminister schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen

12 Zie par. 3.5.2 van hoofdstuk 7.

van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en de invulling van haar publieke taak.

9. Behoudens de voorgaande leden van dit artikel zijn de op de naamloze vennootschap toepasselijke bepalingen, van toepassing op de publieke naamloze vennootschap.

10. De vennootschap, die aan de criteria van lid 1 voldoet, brengt haar statuten uiterlijk met ingang van de dag waarop de regeling krachtens lid 1 van dit artikel op haar van toepassing wordt in overeenstemming met het bepaalde in dit artikel.'