

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Nijland, Jelle

Title: De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd

Issue Date: 2013-11-12

De overheidsonderneming

De overheidsonderneming

Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen
nader beschouwd

PROEFSCHRIFT

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

door

Jelle Nijland

geboren te Dordrecht

in 1978

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. W.G. Huijgen

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

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

Drukwerk: Proefschriftmaken.nl/Uitgeverij BOXPress

© 2013 J. Nijland

ISBN 978-90-8891-719-6

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

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

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

Voor mijn vrouw Meeha

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN

XIII

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

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

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

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

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

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

Lijst van afkortingen

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

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

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

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

