



ZIT PRORAIL OP HET GOEDE SPOOR?

De transformatie van privaat naar publiek

Onlangs publiceerde het kabinet het wetsvoorstel om de status van spoorbeheerder ProRail te veranderen van een besloten vennootschap (BV) in een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Het voorstel wordt later dit jaar voor behandeling aan het parlement aangeboden. Waarom is dit wetsvoorstel zo interessant? En belangrijker: wordt het beoogde effect – een meer ‘publieke’ organisatie – hiermee bereikt?

Dr. J.V. Groenendijk

De gedachte achter de statuswijziging van BV naar een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO), is om Prorail, die verantwoordelijk is voor het beheer en onderhoud van de hoofdrailinfrastructuur, nadrukkelijker te profileren als publieke organisatie, belast met een overheidstaak.

Het voorstel is om een aantal redenen interessant. Allereerst is de herpositionering van overheidstaken de afgelopen jaren voornamelijk gericht geweest op verzelfstandiging, ofwel het vergroten van de afstand tussen de met de taak belaste organisatie en het rijk. Simpel gezegd: een verschuiving van publiek naar privaat. In het geval van ProRail is echter sprake van een tegenovergestelde beweging, namelijk van privaat naar publiek.

In de tweede plaats brengt het kabinet dit wetsvoorstel uit te midden van een strategische discussie over de herinrichting van de spoorwegmarkt, die zowel op Europees als nationaal niveau wordt gevoerd. Daarbij gaat het om de verdere liberalisering van het spoor, die ook effect zal hebben op de onderlinge relaties tussen de daarbij betrokken partijen, waaronder de infrabeheerders. Ten derde – en daarover gaat deze verhandeling – is de vraag of deze statuswijziging van BV naar ZBO het gewenste effect zal hebben. Wordt ProRail hiermee werkelijk een meer ‘publieke’ organisatie? Ik bekijk deze vraag vooral vanuit het perspectief van de governance – de effectiviteit van het bestuur en de relaties tussen de daarbij betrokken organen.

Om het wetsvoorstel op waarde te schatten is het goed iets van de context te weten. Daarom ga ik kort in op de politieke contouren van het beheer van overheidsdeelnemingen in het algemeen, en die op het gebied van infrastructuur in het bijzonder. Ook de totstandkoming van ProRail als vennootschap is voor dit vraagstuk relevant. Daarna vergelijk ik de governance van een vennootschap met die van een ZBO, en de concrete sturingsinstrumenten in de huidige en de beoogde toekomstige situatie. Tenslotte wil ik de vraag beantwoorden of het wetsvoorstel zal bijdragen aan het bereiken van zijn doel en welke mogelijke effecten het heeft op het functioneren van de spoorwegmarkt.

Beheer van overheidsdeelnemingen

Het rijk is aandeelhouder in verschillende ondernemingen. Deze staatsdeelnemingen zijn in het algemeen bedrijven die van wezenlijk belang worden geacht voor de Nederlandse economie (Ministerie van Financiën, 2013), en/of een publiek belang behartigen. Daarbij kan worden gedacht aan de zogenaamde vitale sectoren, zoals energievoorziening, mobiliteit en de financiële sector, maar ook aan regionale ontwikkelingsmaatschappijen. De vraag of de staat participeert in dergelijke bedrijven is afhankelijk van veranderende politieke en maatschappelijke inzichten. In de periode waarin het marktdenken domineerde, tot circa 2007, heerste het principe ‘privaat, tenzij...’. Overheidsdeelnemingen werden, voor zover het publieke belang dat toeliet, zoveel mogelijk van de hand gedaan. Vanaf 2008 werd het beleid geleidelijk bijgesteld naar ‘publiek, tenzij..’. En met ingang van de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 geldt een meer casuïstische benadering, waarbij van geval tot geval wordt beoordeeld of een deelneming een toegevoegde waarde biedt bij de borging van het publieke belang.

Om het publieke belang te dienen staan het rijk meerdere instrumenten ter beschikking. Van minder naar meer ingrijpend zijn deze:

- Regulering: het instellen van wet- en regelgeving, al dan niet ondersteund door financiële maatregelen als subsidies, heffingen of belastingen;
- Zeggenschap in de uitvoering van het publieke belang, door middel van:
 - een staatsdeelneming (minderheids-, dan wel meerderheidsbelang),
 - een zelfstandig bestuursorgaan (privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk),
 - een agentschap,
 - een ambtelijke dienst.

Naarmate het publieke belang groter is zal de mate van zeggenschap zwaarder zijn. Welk instrument het meest geschikt is hangt mede af van de financiering (publiek dan wel privaat), de markt waarin de activiteit wordt uitgevoerd (monopolie of mededinging) en de aard van de activiteit (mate van strategisch en maatschappelijk belang). Met betrekking tot haar deelne-

IN DE VERHOUDING TUSSEN HET RIJK EN EEN ZBO ZIJN OP HET GEBIED VAN DE GOVERNANCE DRIE ROLLEN TE ONDERSCHIEDEN: DIE VAN EIGENAAR, VAN OPDRACHTGEVER EN VAN OPDRACHTNEMER

mingen speelt de overheid verschillende rollen. Naast de eigenaarsrol zijn dat bijvoorbeeld die van opdrachtgever, financier, regelgever en toezichthouder.

Voor de beschouwing over ProRail is het onderscheid van belang tussen staatsdeelnemingen en beleidsdeelnemingen. Staatsdeelnemingen zijn deelnemingen waarbij het aandeelhouderschap is gescheiden van het opdrachtgeverschap, c.q. het beleidsterrein waarop een deelneming actief is. Hiermee wordt transparantie bereikt in de verschillende bovengenoemde overheidsrollen, waarmee belangenverstrengeling wordt tegengegaan. In principe belegt het rijk het aandeelhouderschap bij het ministerie van Financiën, dat onder meer toeziet op de uitkering van dividenden. Het opdrachtgeverschap, de financiering en de regulerende rol zijn gewoonlijk ondergebracht bij het vakdepartement. Het toezicht is soms elders ondergebracht, zoals bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Door deze rollenscheiding ontstaat een evenwichtig en transparant systeem van 'checks and balances'.

Bij beleidsdeelnemingen zoals ProRail zijn zowel het aandeelhouderschap als de opdrachtgeving, financiering en regulering belegd bij het vakdepartement, in casu I&W. Dat komt vooral voor bij deelnemingen die dienen als uitvoeringsinstrument voor overheidsbeleid, waarbij de nauwe samenhang tussen beleid en uitvoering goed moet zijn geborgd. Vaak zijn beleidsdeelnemingen financieel sterk afhankelijk van het departement, is er geen noemenswaardige winstverwachting en is sprake van intensieve overheidssturing. Door het beleggen van het aandeelhouderschap en het opdrachtgeverschap bij één ministerie ontstaat echter het inherente risico dat deze rollen door elkaar lopen, hetgeen van invloed kan zijn op de gewenste transparantie.

Staatsdeelnemingen op het gebied van vervoer en infrastructuur

Voor deze verhandeling is een belangrijke politieke vraag in hoeverre het beheer van infrastructuur kan worden beschouwd als een publieke verantwoordelijkheid, en welke mate en vorm van overheidsinvloed daarbij passend is. Op het eerste gezicht lijkt infrabeheer een overheidstaak, maar het is goed te bedenken dat veel wegen, spoorwegen, kades, terminals en andere vormen van vervoersinfrastructuur ooit zijn aangelegd als particulier initiatief. Dat geldt niet in de laatste plaats voor de spoorwegen (Filarski, 2011). De oudste spoorlijn in ons land, tussen Haarlem en Amsterdam (1839), was een initiatief van Nederlandse zakenlieden en ingenieurs. Anders dan in ons omringende landen was de Nederlandse overheid allerm minst voorstander van staatsbemoeienis bij de aanleg van spoorwegen (Van der Woud, 2007). Ook in de huidige tijd bestaat er, maar dan juist vooral in het buitenland, een belangrijke rol voor private partijen bij de aanleg, het beheer en het onderhoud van vervoersinfrastructuur. Onder meer in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk wordt de aanleg van nieuwe rail- maar ook tolwegverbindingen regelmatig op basis van een langetermijnconcessie in handen gegeven van particuliere consortia, waarbij overheidsparticipatie overigens niet is uitgesloten. De concessiehouder verdient de aanleg- en beheerkosten op basis van een zogenaamde DBFM-concessie ('design, build, finance and maintain') terug vanuit de gebruiksvergoedingen en/of de vervoerstarieven (Groenendijk, 1998). Een voorbeeld uit eigen land is de aanleg van de Westerscheldetunnel, waarbij private partijen een belangrijke rol speelden (1998, tolgelden voor een periode van 30 jaar).

Ook op andere infrastructuurgebieden wordt gediscussieerd over privaat eigendom of beheer, zoals

de verkoop van de overheidsaandelen in de NV Luchthaven Schiphol. Daartegen ontstond politieke weerstand vanuit het risico dat Schiphol met een privaat monopolie haar tarieven kunstmatig hoog zou kunnen houden ten nadele van de luchtvaartmaatschappijen en de reizigers (Graham, 2011). Hoewel het beheer van infrastructuur in het algemeen wordt gezien als een publieke taak, is in bepaalde omstandigheden een rol van private partijen niet bij voorbaat ondenkbaar en soms zelfs wenselijk.

Op dit moment is de Nederlandse staat (mede-) eigenaar van vijf infrastructuurbeheerders, te weten Schiphol, TenneT, het Havenbedrijf Rotterdam, de Gasunie en ProRail. Tussen deze ondernemingen tekenen zich onderlinge verschillen af, die in onderstaande tabel zijn weergegeven.

De deelname van de staat in deze ondernemingen laat zich grotendeels historisch verklaren door hun strategische en/of maatschappelijke waarde, en de noodzaak tot omvangrijke investeringen die vanuit de markt niet mogelijk of wenselijk werden geacht, zoals voor de uitbreiding van de luchthaven Schiphol na WO-II of de aanleg van de Tweede Maasvlakte. Overigens is het in andere landen niet ongebruikelijk om dergelijke infrastructuur in handen te geven van private partijen (bijv. Bijkerk 2003: 82). De keuze voor een juridische status als vennootschap van al de

eerdergenoemde Nederlandse staatsdeelnemingen is veelal gebaseerd op het commerciële karakter van hun activiteiten, die de uitkering van dividend aan de aandeelhouder(s) mogelijk maakt. Naast de winstgevendheid kan ook de vereiste efficiëntie en flexibiliteit van de onderneming aanleiding zijn voor een privaatrechtelijke status. Efficiëntieverhoging lag in 2006 ook ten grondslag aan de verzelfstandiging van Rijkswaterstaat (RWS), verantwoordelijk voor het rijkswegennet. RWS was tot dat jaar een ambtelijke dienst, maar werd verzelfstandigd tot agentschap van het ministerie van I&W, vanuit de gedachte dat het daarmee bedrijfsmatiger zou kunnen werken⁴.

Net als in veel van de eerder genoemde gevallen is de kapitaalvoorziening bij grote infrastructurele projecten ook de achtergrond voor de participatie van de staat in ProRail, destijds nog onderdeel van de Nederlandse Spoorwegen (Filarski, 2011).

Governance ZBO en vennootschap

De overheid neemt dus om verschillende redenen deel in infrastructuurbedrijven die een belangrijke publieke taak vervullen. De vraag die hieruit volgt, is hoe de rol van de staat in deze ondernemingen tot uiting komt. Nu het kabinet voorstelt de status van ProRail te wijzigen van vennootschap naar ZBO is het interessant de governance van beide modellen nader te vergelijken.

TABEL 1 - KENMERKEN DEELNEMINGEN VAN HET RIJK OP HET GEBIED VAN INFRASTRUCTUURBEHEER

Deelneming	Sector	Jaaromzet	Participatie staat	Aandeelhouder
NV Luchthaven Schiphol (NVLS)	Luchthaveninfrastructuur	€ 1,538 mld.	69,8 procent	Financiën
Tennet BV	Hoogspanningsnet	€ 3,948 mld.	100 procent	Financiën
NV Havenbedrijf Rotterdam	Zeehaveninfrastructuur	€ 712 mln.	29,2 procent	Financiën
NV Nederlandse Gasunie	Aardgastransportnet	€ 1,241 mld.	100 procent	Financiën
ProRail BV	Hoofdspoorwegnet	€ 1,286 mld.	100 procent	I&W

Bron: Ministerie van Financiën: Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2017



In de Kaderwet ZBO's is het begrip Zelfstandig Bestuursorgaan als volgt gedefinieerd:

'Een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.' (art. 1 sub a Kaderwet ZBO's, 2006).

Dit laatste onderscheidt het ZBO van het agentschap (zoals het zojuist genoemde Rijkswaterstaat), dat wél hiërarchisch ondergeschikt is aan het departement. De Kaderwet ZBO's regelt onder meer de inrichting van een ZBO, de rol van de minister, de informatievoorziening aan en de aansturing en het financieel toezicht vanuit het departement. In de verhouding tussen het rijk en een ZBO zijn op het gebied van de governance drie rollen te onderscheiden, namelijk die van eigenaar (belegd bij de secretaris-generaal van het departement), van opdrachtgever (beleidsdirecteur-generaal) en van opdrachtnemer (het bestuur van het ZBO). Iedere ZBO wordt opgericht via een Instellingswet waarin zijn specifieke taken zijn vastgelegd. Het bepalen van de eigen bedrijfsvoering is gewoonlijk voorbehouden aan het ZBO zelf, al moet over de hoofdlijnen daarvan verantwoording worden afgelegd aan het departement in zijn rol als eigenaar. Het

ministerie treedt dus op als toezichthouder op het functioneren van het ZBO – zowel waar het gaat om haar eigenaars – als haar opdrachtgeversrol. Daarnaast beschikken veel ZBO's over een vooral adviserende Raad van Toezicht of Advies.

De governance van een vennootschap heeft een andere juridische basis dan die van het ZBO, namelijk Boek 2 BW (rechtspersonenrecht). De wettelijke bepalingen inzake het ondernemingsbestuur worden nader gespecificeerd in de statuten en reglementen van de onderneming. Evenals bij een ZBO wordt bij de vennootschap onderscheid gemaakt tussen de rollen van eigenaar (aandeelhouder), toezichthouder, bestuurder en opdrachtgever. De Corporate Governance Code, waarin deze rollen nader zijn uitgewerkt, is gericht op het realiseren van een goed ondernemingsbestuur door een evenwichtig systeem van checks and balances en transparantie in de verdeling van taken en bevoegdheden.² Hoewel de Code in de eerste plaats is gericht op grotere beursgenoteerde ondernemingen, wordt zij op vrijwillige basis ook gehanteerd in veel andere bedrijven. Gezien het brede maatschappelijk draagvlak heeft het kabinet voorgesteld de Code wettelijk te verankeren.³

Op hoofdlijnen bestaan er dus nogal wat overeenkomsten tussen de governance van een ZBO en die van

een staatsvennootschap. Die betreffen niet alleen de genoemde rollen, maar ook de aan hen toebedeelde taken en bevoegdheden. Daarnaast is er nogal wat overeenkomst in de aard en (strategische) doelstelling van de organisaties. Zowel een ZBO als een staatsdeelneming opereren in het publieke domein, hebben een relatief grote zelfstandigheid ten opzichte van de overheid, zijn meestal belast met de uitvoering van een publieke taak en worden zoveel mogelijk ingericht op basis van transparante checks and balances.

Er zijn ook verschillen. Een van de belangrijkste daarvan betreft het juridisch kader. Een ZBO wordt ingesteld krachtens het publiekrecht via een specifieke Instellingswet. Een vennootschap, ook als de overheid daarvan de enig aandeelhouder is, is een privaatrechtelijke organisatie op basis van het generieke vennootschapsrecht. De publieke scope van een ZBO kan samenhangen met de beoogde uitoefening van openbaar gezag, maar daarvan is niet altijd sprake. Daartegenover kan ook een privaatrechtelijke rechtspersoon worden voorzien van een mandaat tot het uitoefenen van openbaar gezag; het verlenen van spoorwerkvergunningen door ProRail is daarvan een voorbeeld (Ministerie van I&M, 2016). Er kan verschil bestaan in de wijze waarop de opdracht aan de organisatie is vastgelegd en waarbij de rolverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer zijn geregeld. Normaliter vervult een vennootschap haar opdracht op basis van een door de overheid verleende concessie, waarin de opdracht en de wijze waarop haar prestaties worden beoordeeld zijn vastgelegd. Een ZBO daarentegen beschikt in de regel over een in de instellingswet vastgelegde opdracht, waarmee een concessie niet noodzakelijk is.⁴ Dat neemt niet weg dat ook zonder concessie sprake zal blijven van een gedefinieerde opdracht, een daarmee samenhangende verantwoording en toetsing en een verdeling van taken en bevoegdheden tussen het rijk en het ZBO in zijn rol als

uitvoeringsorganisatie. De verschillende rollen die hierboven zijn geschetst, en de daarmee samenhangende afspraken tussen het departement en de organisatie, zijn derhalve ook bij een ZBO-constructie aan de orde, zij het in een andere vorm.

Dit alles overziende lijken de verschillen in de aansturing van een ZBO en een staatsvennootschap vanuit governance-perspectief betrekkelijk gering te zijn. Teruggaand naar de situatie rond ProRail is dan de vraag, of er wellicht andere fundamentele redenen zijn haar status te wijzigen.

De casus ProRail

De organisatie ProRail vindt zijn oorsprong in de splitsing tussen spoorexploitatie en spoorinfrabeheer. Die (minimaal boekhoudkundige) splitsing maakte deel uit van de Europese Richtlijn 91/440, die de juridische en organisatorische basis vormt voor de liberalisering van de Europese spoorwegmarkt in de jaren negentig van de vorige eeuw. De splitsing maakte de weg vrij tot het doorbreken van de bestaande monopolies van de nationale spoorwegmaatschappijen, door derde vervoersbedrijven toe te laten in concurrentie diensten aan te bieden. Het beheer van de infrastructuur en de toewijzing van capaciteit vindt neutraal, dat wil zeggen onafhankelijk van de belangen van de individuele spoorvervoerders, plaats. In de Europese lidstaten is deze richtlijn op verschillende wijzen uitgewerkt en ingevoerd. In landen als Duitsland en Frankrijk zijn infrabeheer en exploitatie financieel gescheiden, maar organisatorisch binnen één spoorwegconcern ondergebracht. In het Verenigd Koninkrijk is de splitsing ook organisatorisch doorgevoerd en zijn de exploitatie-activiteiten van het voormalige British Rail in delen geprivatiseerd om concurrentie te bevorderen. In ons land leidde de richtlijn in 1995 tot de ontvlechting van het NS-concern in een marktsector (vervoerexploitatie) en een taaksector (infrabeheer). De taaksector werd

IN HOEVERRE KAN HET BEHEER VAN INFRASTRUCTUUR ALS EEN PUBLIEKE VERANTWOORDELIJKHEID WORDEN BESCHOUWD?

nader verdeeld in drie gebieden: aanleg, beheer en instandhouding (NS Railinfrabeheer BV), capaciteitsmanagement en veiligheid (Railned BV) en NS Verkeersleiding. Boven deze drie vennootschappen stond de holding NS Railinfratrust BV, die deel bleef uitmaken van het NS-concern. Deze financiële splitsing vormde de overgang naar de latere organisatorische splitsing.

In de nota ‘De Derde Eeuw Spoor’ uit 1999⁵ werd de toelating van derden tot het spoorvervoer nader uitgewerkt. Daarmee ontstond ook een verdere verzelfstandiging van de taakorganisaties binnen Railinfratrust. Korte tijd leefde het idee om Railned en NS Verkeersleiding apart onder te brengen in een publiekrechtelijk ZBO. Dit werd echter weer verlaten met het argument, dat de taakorganisaties intensief moeten samenwerken met de spoorvervoerders en dat een privaatrechtelijke organisatievorm daarbij beter aansluit dan een publiekrechtelijke (Ministerie van I&M 2016). In de ‘Herbeziningsbrief’ van de minister van I&M van september 2001⁶ was vermeld dat de ZBO-optie voor de toekomst altijd nog zou openstaan, maar dat een juridische statuswijziging op dit moment niet zou bijdragen aan de gewenste duidelijkheid, rust en herstel van de spoorsector, die al meerdere jaren werd beheerst door reorganisaties en marktverandering. Een private rechtsvorm paste bovendien beter in het heersende politieke klimaat, waarin privatisering van het infrastructuurbeheer op termijn niet werd uitgesloten.

Op 1 januari 2005 werd ProRail BV opgericht, de juridische fusie van Railinfrabeheer, Railned en de Verkeersleiding. De verkeersveiligheidsstaak verschoof naar de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT). ProRail verkreeg de eerste, tienjarige concessie voor beheer en onderhoud van het nationale spoorwegnet; NS een vervoersconcessie met eenzelfde duur.

Gaandeweg werd duidelijk dat een aanzienlijke hoeveelheid projecten, programma’s en investeringen noodzakelijk was om de continuïteit van het hoofdrailnet te waarborgen. Daarbij waren zowel ProRail, de spoorvervoerders – met name NS – en het ministerie betrokken. Daarnaast leidden winterse omstandigheden meerdere jaren achtereenvolgend tot ernstige verstoringen op het spoor en bleek de samenwerking tussen ProRail en NS niet altijd optimaal te verlopen. Tegelijkertijd werd gewerkt aan de voorbereidingen van de nieuwe concessies voor beide bedrijven. Om visie en samenhang te bereiken werd in 2014 de Lange Termijn Spooragenda (LTSA)⁷ vastgesteld. Hierin werd ProRail gepositioneerd als publieke uitvoeringsorganisatie voor het infrastructuurbeheer, inclusief capaciteitsverdeling en verkeersleiding. In de privaatrechtelijke status van ProRail kwam echter geen verandering; deze werd nog altijd als belangrijke voorwaarde gezien voor de samenwerking met de spoorvervoerbedrijven. De samenwerking tussen ProRail en NS werd nadrukkelijk verankerd in de concessies van beide ondernemingen. De LTSA ging verder uit van een sterkere sturing vanuit het ministerie van I&M, onder meer om de gewenste cultuurverandering van ProRail tot publieke dienstverlener te realiseren. Door analytici is gewezen op het risico dat vergroting van de afstand tussen ProRail en NS zonder overkoepelend optimalisatiemechanisme kan leiden tot aantasting van de voor het spoorvervoer cruciale samenhang tussen exploitatie en infrabeheer – de zogenaamde verticale integratie (bijv. Bierman, 2014).

Maar niet alleen de relatie tussen ProRail en de spoorvervoerders vergde aandacht; ook de relatie met het ministerie bleek in het geding. In 2014 en 2015 vonden meerdere Kamerdebatten plaats waarbij de staatssecretaris van I&M werd bekritiseerd over het laat en onvolledig informeren van de Kamer over

**HET IS DE VRAAG OF DE STATUSWIJZIGING OP ZICHZELF EEN
SUBSTANTIËLE WIJZIGING IN DE AANSTURINGSMOGELIJKHEDEN
VAN HET RIJK MET ZICH MEEBRENGT**

problemen bij ProRail. Het ging om budgetoverschrijdingen, vertragingen bij grote bouwprojecten, tekorten op het meerjarenbudget en mogelijk malversaties met subsidiegelden. Op haar beurt wees de staatssecretaris op de zelfstandige vennootschapsrechtelijke positie van ProRail, waarin zij het vanuit governance-optiek ongepast vond als aandeelhouder, zeggend, op de stoel van het bestuur of de Raad van Commissarissen plaats te nemen. De staatssecretaris merkte in het debat met de Kamer op dat het bestuur en de RvC inmiddels adequaat actie hadden ondernomen om de misstanden te corrigeren en herhaling te voorkomen. Duidelijk werd wel dat tussen ProRail, het ministerie en het parlement verschillende verwachtingen leefden ten aanzien van de mate van politieke onafhankelijkheid van de onderneming. Als uitvloeisel van de LTSA en volgend op de politieke debatten werden in 2015 de statuten van ProRail gewijzigd, onder meer om de sturingsmogelijkheden van de aandeelhouder aan te scherpen. Ook zijn de voorwaarden van de tweede beheerconcessie (2015-2024) van ProRail strikter dan die van de eerste concessie (2005-2014). De invloed van het rijk op ProRail, zowel als aandeelhouder als opdrachtgever, is dus geleidelijk toegenomen.

Hybride karakter

Uit de huidige governance en het profiel blijkt dus het nog altijd hybride karakter van haar status en verantwoordelijkheden. Tegenover de uitvoering van publieke taken, soms onder publiek mandaat, staat haar privaatrechtelijke rechtsvorm en die van de juridische relaties met derden. Uit het bovenstaande blijkt ook dat de aansturing van ProRail vanuit het ministerie van I&W op twee manieren plaatsvindt: op basis van haar rol als aandeelhouder en op basis van haar rol als opdrachtgever. Het risico lijkt evident dat beide rollen en de daarmee verbonden belangen op enig moment door elkaar lopen. De uitoefening van de publieke taak op grond van de concessie, verleend en getoetst door het ministerie als opdrachtgever, heeft immers rechtstreeks effect op de vennootschap ProRail, waarvoor hetzelfde ministerie verantwoordelijk is als aandeelhouder. Weliswaar zijn beide rollen belegd bij verschillende departementale onderdelen:

het zal toch de nodige ambtelijke lenigheid verlangen om ze effectief maar strikt transparant uit te voeren. Dat geldt eens te meer nu het ministerie de integrale verantwoordelijkheid heeft voor (de aansturing van) het beheer van de spoorweginfrastructuur. Tegen deze achtergrond is de vraag of de inrichting van ProRail als beleidsdeelneming, met samengevoegd aandeelhouder- en opdrachtgeverschap bij I&W, bijdraagt aan de gewenste transparantie.

Na de aanscherping van de statuten en de concessievoorwaarden is de nu voorgestelde ZBO-status een nieuwe stap om de greep van het rijk op ProRail te versterken; door sommigen zelfs ‘nationalisatie’ genoemd (Van Solinge, 2018). In haar brief van 27 november 2017 aan de Tweede Kamer meldt staatssecretaris Van Veldhoven van I&W dat de privaatrechtelijke vennootschapsvorm van ProRail niet optimaal aansluit bij de plicht van de minister, aan de Tweede Kamer⁸ verantwoording af te leggen over het doen en laten van de organisatie. Ook past deze status niet goed bij de publieke taken die ProRail uitvoert en de publieke financiering van circa 2 miljard euro (circa 83 procent van haar inkomsten) die haar jaarlijks ter beschikking wordt gesteld. Zij meent dat de BV-vorm zorgt voor een onnodig complexe sturingsrelatie, waarbij de vermenging van de rollen van aandeelhouder en opdrachtgever leidt tot onduidelijkheid voor beide partijen. Ook acht zij de juridische mogelijkheid tot publieke sturing en verantwoording via het aandeelhouderschap te beperkt. Daarnaast verloopt de financiële aansturing vanuit het ministerie te projectmatig om een goede integrale belangenafweging te kunnen maken. Om aan deze bezwaren tegemoet te komen heeft het kabinet voorgenomen om van ProRail een publiekrechtelijke organisatie met eigen rechtspersoonlijkheid te maken. Dit past in het kabinetsbeleid om de uitvoering van publieke taken, die ook nog eens hoofdzakelijk door de overheid worden gefinancierd, ook publiekrechtelijk vorm te geven. Het voornemen is vastgelegd in het wetsvoorstel Publiekrechtelijke Omvorming ProRail dat op 19 oktober 2018 werd uitgebracht.

De vraag is echter, of deze statuswijziging op zichzelf een substantiële wijziging in de aansturingsmogelijkheden van het rijk met zich meebrengt. Beschikt de

staat op dit moment als enig aandeelhouder en met de nieuwe, aangescherpte statuten in de hand niet reeds over effectieve instrumenten om haar zeggenschap te doen gelden? En is zij daarmee gewapend nu niet in staat verantwoording af te leggen aan het parlement? Daarnaast: staat dit voornemen niet op gespannen voet met de eerder zo belangrijk geachte overweging, dat ProRail als BV effectiever en efficiënter kan samenwerken met de spoorvervoerders dan als publiek orgaan?

Bevoegdheden aandeelhouder

Volgens de Statuten van ProRail beschikt de aandeelhouder, in de rechtspersoon van de algemene vergadering, over aanzienlijke mogelijkheden om sturing te geven aan de onderneming. Bijvoorbeeld artikel 22 van de Statuten van ProRail BV, dat gaat over de informatievoorziening aan de algemene vergadering, dat bepaalt:

‘Het bestuur en de raad van commissarissen verschaffen de algemene vergadering zonder vertraging alle verlangde informatie (...).’

Bij dit artikel wordt het initiatief neergelegd bij het bestuur en de RvC. Maar de aandeelhouder staan ook andere statutaire middelen ten dienste om de aansturing van de vennootschap inhoud te geven, zoals:

- het bijeenroepen van (bijzondere) algemene vergaderingen ‘(...) zo dikwijls (...) een aandeelhouder het wenselijk acht.’ (art. 21 lid 4);
- het geven van schriftelijke aanwijzingen aan het bestuur ‘(...) op het vlak van het te volgen financiële, economische, sociale en personeelsbeleid (...)’. Het bestuur dient zich te gedragen naar deze aanwijzingen (art. 12 lid 3) tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap.
- De goedkeuring vooraf door de algemene vergadering van specifieke voorgenomen besluiten van het bestuur. Deze besluiten, die zijn vastgelegd in art. 12 lid 4 van de Statuten, betreffen de ‘zwaarste’ onderwerpen waarover besluitvorming kan plaatsvinden, zoals het vaststellen of wijzigen van de strategie, het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere vennootschap of rechtspersoon, en omvangrijke financiële transacties als investeringen of deelnemingen.

Natuurlijk kan het geven van aanwijzingen of het bijeenroepen van extra algemene vergaderingen worden beschouwd als relatief zware middelen. Maar ze staan de aandeelhouder wel degelijk ter beschikking en dat feit alleen al kan behulpzaam zijn bij de aansturing van de organisatie. Misschien wel belangrijker is dat, naast deze formele statutaire instrumenten, de aandeelhouder natuurlijk ook kan gebruikmaken van de informele contacten waarin werkafspraken worden gemaakt en beide partijen elkaar op de hoogte houden van relevante ontwikkelingen.

In dat licht is het opmerkelijk dat, als we de bevoegdheden van de minister als aandeelhouder in ProRail plaatsen naast de bevoegdheden als eigenaar van het toekomstig ZBO ProRail, zich een groot aantal overeenkomsten aftekent. Zie schema op de rechterpagina.

Natuurlijk voert het te ver hier een volledige vergelijking van alle bepalingen weer te geven. Maar uit dit summiere overzicht blijkt niet alleen dat de belangrijkste sturingsinstrumenten van het rijk in de vennootschap ProRail grotendeels overeenkomen met die in het beoogde ZBO ProRail, maar ook dat het rijk op dit moment al over belangrijke instrumenten beschikt waarmee het alleszins mogelijk moet zijn, de gewenste sturing uit te voeren. Vanuit het perspectief van de *governance* dient zich dan ook de vraag aan, welk probleem eigenlijk wordt opgelost met de voorgestelde omvorming tot ZBO.

Rolverdeling

Het lijkt vrijwel onvermijdelijk dat in de rolverdeling tussen het ministerie en ProRail, tussen publieke en private taken en belangen, tussen de rollen van politiek, aandeelhouder, opdrachtgever en onderneming, een grijs gebied ontstaat waarin niet altijd duidelijk is wie waarvoor verantwoordelijk is. De ontwikkeling van de splitsing van het NS-concern via de oprichting van ProRail en de geleidelijke aanscherping van de aansturing vanuit het ministerie maken duidelijk, dat er in de loop der tijd veel is gedaan om dit grijze gebied invulling te geven. Dat neemt echter niet weg dat op belangrijke punten nog onduidelijkheden bestaan over de precieze verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen de vennootschap

Lees door op p. 59 >

Bevoegdheid	Statuten ProRail BV	Conceptwet Publiekrechtelijke Omvorming ProRail
Benoeming bestuur	Algemene Vergadering (Minister) na voordracht RvC (art. 10 lid 2 Statuten)	Minister (art. 12 Kaderwet)
Benoeming leden RvC / RvT	Algemene Vergadering (Minister) (art. 15 lid 1 Statuten)	Minister (art. 15a lid 2 Conceptwet)
Vaststellen jaarrekening	Algemene Vergadering (Minister) (art. 24 Statuten)	Minister (art. 34 Kaderwet), instemming RvT (art. 15b lid 3 Conceptwet)
Goedkeuring begroting en meerjarenplan	RvC (ter bespreking met Algemene Vergadering (Minister) (art. 12 lid 6 Statuten)	RvT en Minister (art. 15b lid 3, jo. 15e Conceptwet en art. 29 Kaderwet)
Goedkeuring belangrijkste besluiten (strategie, samenwerkingsverbanden, grote investeringen, etc.)	Algemene Vergadering (Minister) (art. 12 lid 4 Statuten)	Minister (art. 32 Kaderwet)
Instemming andere belangrijke besluiten (reorganisaties, wijziging statuten, grote investeringen, etc.)	RvC (art. 12 lid 5 Statuten)	RvT (art. 15b Conceptwet, jo. Art. 32 Kaderwet ZBO)
Toezicht op het bestuur	RvC (art. 14 lid 1 Statuten)	RvT (art. 15b lid 1 Conceptwet)
Instelling Auditcommissie	RvC (art. 20 Statuten)	RvT (art. 15b lid 7 Conceptwet)
Informatieplicht aan aandeelhouder/eigenaar	Bestuur en RvC (art. 22 Statuten)	Bestuur en RvT (art. 15l, resp. 15b Conceptwet)
Vaststellen bezoldigingsbeleid	Algemene Vergadering (Minister) (art. 11 en 19 lid 7 Statuten)	Minister (art. 14 Kaderwet)
Geven van (bindende) aanwijzingen	Algemene Vergadering (Minister) (art. 12 lid 3 Statuten)	Minister (art. 21 lid 1 Kaderwet)

**MET HET OOG OP EEN VEILIG EN EFFICIËNT VERLOOP VAN HET
TREINVERKEER IS HET ESSENTIEEL DAT DE VERWEVENHEID
TUSSEN INFRASTRUCTUUR EN EXPLOITATIE ORGANISATORISCH,
TECHNISCH EN JURIDISCH GOED GEBORGD IS**

HET LIJKT ONVERMIJDELIJK DAT IN DE ROLVERDELING TUSSEN HET MINISTERIE EN PRORAIL, TUSSEN PUBLIEKE EN PRIVATE TAKEN, TUSSEN DE ROLLEN VAN POLITIEK, AANDEELHOUDER, OPDRACHTGEVER EN ONDERNEMING EEN GRIJS GEBIED ONTSTAAT WAARIN NIET ALTIJD DUIDELIJK IS WIE WAARVOOR VERANTWOORDELIJK IS

ProRail en het ministerie in zijn rollen van enig aandeelhouder en opdrachtgever. Belangrijker: het neemt niet weg dat er *verwachtingen* kunnen leven die niet overeenkomen met de uitgangspunten waarmee de vennootschap destijds in het leven is geroepen.

In deze context valt te betwijfelen of alleen een wijziging van de juridische structuur daadwerkelijk zal bijdragen aan een effectievere aansturing door het departement en verheldering van de wederzijdse taken en verantwoordelijkheden. Vanuit de politieke gedachte dat het beheer van spoorweginfrastructuur een publieke taak is die aansturing vanuit het rijk verlangt, is de ZBO-status begrijpelijk. Daarentegen hangt de intensiteit van de aansturing meer af van het feitelijke gebruik van de beschikbare instrumenten dan van de instrumenten zelf. En dat geldt zowel binnen een vennootschaps- als een ZBO-structuur.

Conclusie

De beginvraag was, of een wijziging van de juridische structuur van ProRail BV, van vennootschap naar ZBO, een effectief middel is om de zeggenschap van het rijk in de organisatie te vergroten. We hebben gezien dat, hoewel zeker denkbaar is dat private partijen een belangrijke rol spelen bij het beheer en onderhoud van (transport)infrastructuur, het politiek wenselijk kan zijn dat de overheid invloed heeft op organisaties die met deze publieke taak zijn belast. Dit geldt voor ProRail eens te meer, nu zij voor 83 procent van haar inkomsten rechtstreeks afhankelijk is van het rijk.

Tegelijk hebben haar activiteiten een sterk operationeel karakter waarbij een hoge mate van zelfstandigheid, op afstand van de politiek, bijdraagt aan de

efficiëntie en slagkracht van de organisatie. Dit is in het verleden juist aanleiding geweest om te kiezen voor de vennootschapsstructuur – een keuze die in latere fasen herhaaldelijk door het rijk is bevestigd. Het is niet duidelijk geworden of dit argument nu minder valide is dan destijds, maar we kunnen wel constateren dat ProRail zich in een hybride situatie bevindt waarbij zal moeten worden gezocht naar de optimale mate en vorm van staatsinvloed.

De vraag is dan, in welke relatie tussen ProRail en het rijk een dergelijk optimum kan worden gevonden en in hoeverre de ZBO-constructie daarbij effectiever is dan die van een vennootschap met de staat als enig aandeelhouder. Vastgesteld is dat de governance – die breder moet worden geïnterpreteerd dan een uitsluitend juridische toetsing – van de vennootschap ProRail sterk vergelijkbaar is met die van een ZBO ProRail. Voor de effectiviteit van de sturing lijkt de manier waarop de sturing door het rijk wordt uitgeoefend dan ook belangrijker dan de juridische constructie. Het departement beschikt nu vanuit twee rollen over sturingsmogelijkheden richting ProRail: de rol van opdrachtgever en die van aandeelhouder. Voor de opdrachtgever bevat de concessie sturingsinstrumenten met betrekking tot de operationele prestaties; voor de aandeelhouder liggen die in de wettelijke en statutaire bevoegdheden die zien op de onderneming. Door effectief en actief gebruik te maken van deze instrumenten en bevoegdheden lijkt het rijk zijn greep op de organisatie, ook bij het behoud van de vennootschapsstatus, in ruime mate te moeten kunnen effectueren.

Met het oog op de gewenste transparantie in de functies van opdrachtgever en aandeelhouder, die nu

beide binnen het ministerie van I&W zijn belegd, valt te overwegen de aandeelhoudersrol over te hevelen naar het ministerie van Financiën. Weliswaar keert ProRail geen dividenden uit, maar het zou de belangen die met beide rollen verbonden zijn expliciteren. Bovendien kan het rijk als aandeelhouder dan beter gebruik maken van zijn ervaringen en expertise als aandeelhouder in andere staatsdeelnemingen.

Maar belangrijker dan de relatie met het rijk is wel de effectieve werking van de spoorsector zelf. In het railvervoer zijn infrastructuur en exploitatie bijzonder nauw met elkaar verweven. Met het oog op een veilig en efficiënt verloop van het treinverkeer is het is essentieel dat die verwevenheid – ofwel de verticale integratie – organisatorisch, technisch en juridisch goed is geborgd. De afstand tussen de infrastructuurbeheerder en de exploitanten mag daarom niet te groot worden; zij moeten snel en effectief kunnen schakelen, in het bijzonder op tactisch en operationeel niveau. Dat pleit voor een min of meer uniform, op de markt toegesneden organisatiestructuur en een daarbij passend juridisch model. De transitie van vennootschap naar ZBO, met de sterkere politieke connotatie die daarvan het gevolg kan zijn, heeft het risico dat de afstand tussen ProRail en de exploitanten wordt vergroot en haar wendbaarheid in het geding komt, hetgeen risico's kan opleveren voor de verticale integratie tussen infrabeheer en exploitatie.

Met of zonder omvorming tot ZBO zal het noodzakelijk zijn de verdeling van verantwoordelijkheden tussen het departement en ProRail te verduidelijken en wederzijdse verwachtingen te articuleren. Dat geldt niet alleen voor de strategische, tactische en operationele taken, maar ook voor praktische afspraken over informatievoorziening, verantwoording en communicatie. Het is niet ondenkbaar dat een belangrijk deel van de vermeende huidige problemen in de aansturing van ProRail door het rijk kunnen worden ondervangen zonder de beoogde omvorming van de onderneming tot ZBO.

Literatuur

Bierman, J.: *Ordering Nederlandse Spoorsector* (Den Haag, 2014)
 Bijkerk, W., et al.: *Publieke Belangen in Private Handen* (NYFER, Breukelen, 2003)

Filarski, R.: *Shaping Transport Policy, two centuries of struggle between the public and the private sector – a comparative perspective* (Sdu, Den Haag, 2011)

Graham, A.: *The Objectives and Outcome of Airport Privatization*, in: *Research in Transportation Business and Management*, 1 (2011)

Groenendijk, J.V.: *Overheidsinvloed in het Openbaar Vervoer, een vergelijkend onderzoek naar deregulering, privatisering en verzelfstandiging in Europa* (Thesis, Amsterdam, 1998)

Ministerie van Financiën: *Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013* (Den Haag, 2013)

Ministerie van Financiën: *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2017* (Den Haag, 2018)

Ministerie van Infrastructuur en Milieu: *Analyse Publiekrechtelijke Positionering ProRail* (Den Haag, 2016)

Solinge, G. van -: *Met de nationalisatie van spoorbeheerder ProRail zijn de problemen op het spoor nog niet opgelost*, in: *Het Financieel Dagblad*, 29 oktober 2018

Woud, A. van der -: *Een Nieuwe Wereld, het ontstaan van het moderne Nederland* (Bert Bakker, Amsterdam, 2007)

Noten

1. www.rechtspraak.nl/rijkswaterstaat
2. De Nederlandse Corporate Governance Code (2016).
3. Nieuwsbericht Rijksoverheid, Ministerie van Economische zaken, 24 maart 2017.
4. Brief staatssecretaris I&W aan de Kamer, Kamerstukken II 2016-2017, 25268, nr. 139, p.3.
5. Kamerstukken II, 1999-2000, 26464, nr. 15.
6. Kamerstukken II, 2000-2001, 27465, nrs. 53a en 3.
7. Kamerstukken II, 2013-2014, 29984, nr. 474.
8. IENM/BSK-2017/281925.

Over de auteur

Dr. Jeroen Groenendijk is ondernemingssecretaris van het openbaar vervoerbedrijf van Den Haag. Daarnaast werkt hij als onderzoeker van governancevraagstukken in het openbaar vervoer aan de Vrije Universiteit te Amsterdam (Het Zijlstra Center, School of Business and Economics).

