
Juridische analyse
van de diverse mogelijke
organisatievormen
van ProRail
d.d. 19 oktober 2016

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	1
1.1.	Aanleiding.....	1
1.1.1.	Voornemen en randvoorwaarden van de staatssecretaris	1
1.1.2.	Richtsnoer taakuitoefening raad van bestuur van ProRail.....	3
1.2.	Vraagstelling.....	4
1.3.	Opbouw en verantwoording advies.....	4
2.	Beschrijving van de huidige organisatie van ProRail.....	5
2.1.	Huidige organisatiestructuur prorail: besloten vennootschap	5
2.2.	Huidige sturingsmogelijkheden van de staatssecretaris op ProRail.....	6
2.3.	Totstandkoming en evaluatie van de huidige organisatiestructuur	7
2.4.	Overzicht van de belangrijkste stakeholders van ProRail en overige actoren.....	16
3.	Beschrijving van de mogelijke alternatieve organisatievormen van ProRail op hoofdlijnen	17
3.1.	Agentschap.....	17
3.2.	Zbo zonder rechtspersoonlijkheid.....	18
3.3.	Zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid	18
3.4.	Zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid.....	18
3.5.	Hybride vorm.....	19
3.6.	Maatregelen ter intensivering van sturing en toezicht met behoud van privaatrechtelijke rechtsvorm.....	19
4.	Welke juridische randvoorwaarden gelden voor ProRail?	20
4.1.	Publiekrecht: spoorwegbeheer	20
4.1.1.	Spoorwegwet	20
4.1.2.	Beheerconcessie	21
4.1.3.	Toegangs- en capaciteitsovereenkomsten.....	22
4.1.4.	Gebruiksvergoedingen.....	23
4.1.5.	Subsidie	23
4.1.6.	Ltsa	24
4.1.7.	Europese richtlijnen.....	25
4.1.8.	Tussenconclusie.....	32
4.2.	Publiekrecht: agentschap of zbo?.....	34
4.2.1.	Kaderwet zbo's.....	34
4.2.2.	Comptabiliteitswet.....	36
4.2.3.	Beleid en overige regelgeving	37
4.2.4.	Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet.....	39
4.2.5.	Tussenconclusie.....	40
4.3.	Arbeidsrecht.....	40
4.3.1.	Aard van de arbeidsrelatie: werknemer vs. Ambtenaar.....	40
4.3.2.	Arbeidsvoorwaarden en de cao ProRail 2015 – 2017	43
4.3.3.	Sociale eenheid NS.....	44
4.3.4.	Pensioen.....	45
4.3.5.	Overgang van onderneming.....	47
4.3.6.	Medezeggenschap.....	49
4.3.7.	Tussenconclusie.....	50
4.4.	Aanbestedingsrecht	51
4.4.1.	Tussenconclusie.....	52
4.5.	Fiscaal recht	52
4.5.1.	Vennootschapsbelasting	52
4.5.2.	Btw	54

4.5.3.	Dividendbelasting.....	56
4.5.4.	Overdrachtsbelasting	56
4.5.5.	Tussenconclusie.....	56
4.6.	Vennootschapsrecht: sturing en toezicht door de staatssecretaris als aandeelhouder	57
4.7.	Privaatrecht: overgang van vermogensbestanddelen ProRail	58
5.	In hoeverre komt de <u>agentschap</u> tegemoet aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden.....	59
6.	In hoeverre komt de <u>zbo zonder rechtspersoonlijkheid</u> tegemoet aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden?	65
7.	In hoeverre komt de <u>zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid</u> tegemoet aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden?	70
8.	In hoeverre komt de <u>zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid</u> tegemoet aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden?	74
9.	In hoeverre komt het <u>hybride model</u> tegemoet aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden?	79
10.	In hoeverre kan zonder wijziging van rechtsvorm tegemoet worden gekomen aan de door de Staatssecretaris geformuleerde wensen?	84
10.1.	Uiteenzetting mogelijke maatregelen.....	84
10.1.1.	<i>Relationship agreement</i> tussen de staat als aandeelhouder en ProRail.....	84
10.1.2.	Vergroting bevoegdheden AvA, mede door beperking bevoegdheden RvC tot wettelijk minimum	84
10.1.3.	Toekennen van specifieke instructiebevoegdheid aan de AvA	86
10.1.4.	Parlementair hoorrecht bestuursvoorzitter van ProRail.....	87
10.1.5.	Aanstelling van een commissaris van overheidswege.....	87
10.1.6.	Verzoek tot ontheffing instellingsplicht Raad van Commissarissen.....	88
10.2.	De mate waarin de mogelijke maatregelen tegemoetkomen aan de randvoorwaarden van de Staatssecretaris	89
11.	Synthese en conclusie.....	92

1. INLEIDING

- (1) De Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu ("Staatssecretaris") heeft het voornemen geuit om ProRail B.V. ("ProRail") in het publieke domein te brengen. Daartoe worden op dit moment door het ministerie van Infrastructuur en Milieu ("I&M") diverse opties onderzocht.
- (2) De Raad van Bestuur van ProRail ("RvB") heeft ons gevraagd om een juridische analyse te maken van de diverse mogelijke organisatievormen van ProRail. De RvB heeft behoefte aan dit advies vanuit zijn verantwoordelijkheid om zich bij de uitvoering van zijn taken te richten op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, waarbij de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken ("stakeholders") in aanmerking moeten worden genomen.
- (3) In deze analyse zullen de voor- en nadelen van de diverse mogelijkheden vanuit juridisch perspectief worden geschetst. Daarbij zal onderscheid worden gemaakt tussen onder meer de vennootschapsrechtelijke aspecten, de arbeidsrechtelijke aspecten en de publiekrechtelijke aspecten.

1.1. Aanleiding

1.1.1. Voornemen en randvoorwaarden van de Staatssecretaris

- (4) De Staatssecretaris heeft het voornemen geuit om ProRail – kort samengevat – in het publieke domein te brengen. Daarmee beoogt de Staatssecretaris de mogelijkheden om sturing te geven aan ProRail te vergroten. In de kabinetsreactie op de parlementaire Fyra-enquête van 29 april 2016 heeft het Kabinet dit voornemen als volgt geformuleerd:

"Het kabinet is het eens met de enquêtecommissie dat er op het spoor heldere keuzes moeten worden gemaakt die toekomstbestendig zijn en die duidelijkheid geven voor alle partijen in de spoorsector. Het moet daarin helder zijn wat de overheid als aandeelhouder, beleidsmaker en concessieverlener van NS als het nationale spoorbedrijf verwacht. Ook kiest het kabinet voor een positionering van ProRail in het publieke domein, zodat het toezicht op ProRail kan worden verbeterd. (...)

Uit het rapport van de Parlementaire Enquête Commissie vloeien geen conclusies of aanbevelingen voort voor de positionering van ProRail. De hiervoor geschetste scenario's hebben echter invloed op de totale ordening van de spoorsector en vragen daarmee ook om duidelijkheid over de positie van ProRail. Het kabinet wil die duidelijkheid graag scheppen.

ProRail is in haar huidige vorm een private organisatie (een BV), maar is in de aard van haar taken en haar financiering bijna volledig publiek. ProRail is de uitvoeringsorganisatie voor de spoorwegwettelijke taken met betrekking tot het beheer en instandhouding van het hoofdspoorweginfrastructuur, de verkeersleiding en capaciteitsverdeling op het Nederlandse spoor. Daarbij is onafhankelijkheid en een non-discriminatoire uitvoering van met name haar taken op het gebied van verkeersleiding en capaciteitsverdeling vereist. Deze moeten nu en in de toekomst geborgd blijven. Vanwege de publieke dienstverlening wordt van ProRail tevens een werkwijze verwacht die past bij haar publieke verantwoordelijkheid.

Naar aanleiding van de problematiek afgelopen jaar op onder andere het gebied van de financiële beheersing door ProRail heeft het kabinet nog meer ingezet op een scherpere aansturing van ProRail

op haar publieke functie via de nieuwe beheerconcessie, de financieringsrelatie en het aandeelhouderschap via de lijnen zoals opgenomen in een externe analyse van de interne sturing.

Het kabinet kiest voor duidelijkheid ten aanzien van de positionering van ProRail in het publieke domein en is voornemens om de organisatievorm van ProRail te wijzigen naar een publieke organisatievorm. Hiermee wordt het mogelijk om beter toezicht te houden op ProRail en heeft de verantwoordelijke bewindspersoon invloed op de aansturing van de organisatie. De wijze waarop dit het beste vorm gegeven kan worden, wordt nader onderzocht. Daarbij worden tevens de financiële consequenties betrokken.

Het kabinet heeft de voorkeur voor een vorm waarbij de consequenties voor de rechtspositie van het personeel zo klein mogelijk zijn. Dit om te voorkomen dat de wijzigingen in de organisatie afleiden van de verbeteringen die inmiddels zijn ingezet en van de primaire taak van de organisatie, namelijk het mogelijk maken van een betrouwbaar en veilig spoorvervoer. Dat staat voorop. Daarnaast wil het kabinet met de wijziging van de organisatievorm de publieke aansturing – zonder tussenkomst van een Raad van Commissarissen – versterken. Het kabinet ziet deze wijziging in het verlengde van de weg die ProRail al is ingeslagen met de nieuwe topstructuur, een weg die door het kabinet van harte wordt ondersteund. Het kabinet wil nog in 2016 een keuze maken over de organisatievorm.

Het besluit van het kabinet om ProRail definitief in het publieke domein te positioneren ziet het kabinet als no regret, ook bij eventuele keuzes ten aanzien van de hiervoor geschetste scenario's. Dit gezien de publieke taken en bijna volledig publieke financiering van ProRail"¹

- (5) Ook in de op Prinsjesdag gepresenteerde Rijksbegroting voor 2017 voor Infrastructuur en Milieu is als beleidsvoornemen opgenomen dat wordt "gewerkt aan het omvormen van ProRail tot een publieke organisatievorm".² In de begroting voor 2017 is ProRail opgenomen als Rechtspersoon met Wettelijke Taak ("RWT").³ De Staatssecretaris heeft het voornemen recent herhaald in de beantwoording van enkele Kamervragen op 28 september 2016.⁴
- (6) In de media worden diverse mogelijkheden geopperd voor de publieke inkleding van ProRail, waarvan de twee belangrijkste zijn: (i) een agentschap, en (ii) een zelfstandig bestuursorgaan ("zbo").
- (7) Wij hebben begrepen dat voor de vraag welke organisatievorm het meest geschikt is de volgende randvoorwaarden door de Staatssecretaris van belang worden geacht:
 - (a) Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris;
 - (b) Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer;
 - (c) Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer;

¹ Kamerstukken II, 2015/16, 33678, nr. 16, p. 2-3 en p. 9-10.

² Kamerstukken II, 2016/17, 34550, XII, nr. 1, p. 71.

³ Kamerstukken II, 2016/17, 34550, XII, nr. 1, p. 150.

⁴ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20162017-54.html>.

- (d) De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden;
 - (e) De reizigers mogen er niet onder lijden;
 - (f) De vervoerders mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen;
 - (g) De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen;
 - (h) Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk;
 - (i) Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen;
 - (j) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving;
 - (k) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen;
 - (l) Zo kort mogelijke transitieperiode; en
 - (m) Zo laag mogelijke transitiekosten.
- (8) In deze analyse zal van de diverse mogelijke organisatievormen vanuit juridisch perspectief worden beoordeeld in hoeverre aan deze randvoorwaarden kan worden voldaan.

1.1.2. Richtsnoer taakuitoefening Raad van Bestuur van ProRail

- (9) ProRail is een besloten vennootschap waarop het vennootschapsrecht van toepassing is. ProRail kent drie organen: het bestuur ("RvB"), de raad van commissarissen ("RvC") en de algemene vergadering van aandeelhouders ("AvA"). De RvB is belast met het besturen van de vennootschap. Het toezicht op het beleid van de RvB en op de algemene gang van zaken wordt uitgeoefend door de RvC.
- (10) De RvB en de RvC dienen zich bij de uitvoering van hun taken te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Bij besloten vennootschappen die een onderneming drijven wordt het vennootschapsbelang vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming. Wanneer de aandelen in de vennootschap uitsluitend worden gehouden door de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden ("Staat") zal het algemeen belang een belangrijke constituent vormen van het vennootschappelijk belang. De RvB en de RvC moeten daarnaast bij de uitvoering van hun taken, mede op grond van artikel 2:8 van het Burgerlijk Wetboek ("BW"), zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van de stakeholders. Ten slotte dient de RvB voor de vaststelling wat het vennootschappelijk belang in een gegeven geval vergt, aansluiting te zoeken bij de doelomschrijving van de vennootschap zoals deze blijkt uit de statuten.
- (11) De aandelen in ProRail worden voor 100% gehouden door Railinfratrust B.V. ("Railinfratrust"), waarin de Staat via I&M 100% van de aandelen houdt.

- (12) De Staatssecretaris heeft in haar rol als (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder het voornemen uitgesproken ProRail binnen het publieke domein te halen om haar in staat te stellen meer sturing en toezicht uit te oefenen. De uiteindelijke beslissing omtrent een wijziging van de organisatievorm van ProRail zal genomen worden door de Staat als uiteindelijke 100% aandeelhouder. De RvB van ProRail dient zich gelet op het voorgaande bij de beoordeling van de vraag welke organisatievorm het beste aansluit bij het vennootschappelijk belang van ProRail rekenschap te geven van de belangen van alle stakeholders van ProRail.
- (13) Het algemeen belang komt duidelijk terug in de doelomschrijving in de statuten van ProRail (de "Statuten"), die kort samengevat bepaalt dat ProRail ten doel heeft de spoorwegen en andere infrastructuur in Nederland te beheren en tot stand te brengen, alsmede het geven van uitvoering aan het beleid van de Staat ten aanzien van verkeer en vervoer over de landelijke railinfrastructuur en het bewerkstelligen van een eenheid van beleid jegens gebruikers van de landelijke railinfrastructuur. Uit het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2014 ("JBS 2014") volgt verder dat volgens de Minister van Financiën de volgende publieke belangen gemoeid zijn met ProRail: betrouwbaarheid, beschikbaarheid en kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur en de daarmee samenhangende voorzieningen; efficiënte marktverhoudingen; non-discriminatoire verdeling van de capaciteit van de infrastructuur; en veiligheid en duurzaamheid.
- (14) Voor een zorgvuldige beoordeling van de mogelijke toekomstige organisatievormen is een analyse nodig van de consequenties van elk van deze organisatievormen voor de vennootschap ProRail en al haar stakeholders. In dit advies zetten wij de juridische consequenties van de mogelijke organisatievormen voor de vennootschap ProRail en haar stakeholders uiteen. Daarbij zal ook de huidige organisatievorm aan de orde komen. Aan de hand van de kenmerken en toepassing in de praktijk van de huidige structuur kan beter beoordeeld worden welke nieuwe structuur de eventuele knelpunten het beste adresseert.

1.2. Vraagstelling

- (15) Uit het voorgaande blijkt dat de Staatssecretaris meer grip op ProRail wil krijgen. ProRail wil hieraan tegemoet komen en vraagt zich af welke organisatievorm daarvoor het meest geschikt is. Dit leidt tot de volgende hoofdvraag van dit advies:

Op welke wijze kan de door de Staatssecretaris gewenste verbetering van de verantwoordelijkheidsrelatie tot ProRail het beste worden gerealiseerd als gekeken wordt naar de vigerende wet- en regelgeving en governance-aspecten?

1.3. Opbouw en verantwoording advies

- (16) Dit advies is als volgt opgebouwd. Eerst zal een korte schets gegeven worden van de huidige organisatie van ProRail (paragraaf 2) en mogelijke alternatieve organisatievormen (paragraaf 3). Vervolgens zal een schets worden gegeven van het juridisch speelveld waarin ProRail opereert en aan welke randvoorwaarden de spoorwegbeheerder daarom moet voldoen (paragraaf 4).
- (17) Daarna wordt voor de diverse organisatievormen ingegaan op de vraag in hoeverre met die vorm kan worden tegemoet gekomen aan de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden en in hoeverre deze vorm past binnen het geschetste juridisch kader. Ook wordt ingegaan op de transitiekosten (in brede zin) en duur van het realiseren van een

dergelijke organisatievorm.

- (18) Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: het agentschap (paragraaf 5), de zbo zonder rechtspersoonlijkheid (paragraaf 6), de zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (paragraaf 7), de zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (paragraaf 8), een hybride model van een combinatie tussen een agentschap en een zbo (paragraaf 9) en ten slotte de mogelijkheid om (met maatregelen ter intensivering van sturing en toezicht) de privaatrechtelijke besloten vennootschap te behouden (paragraaf 10). Afgesloten wordt met een synthese en conclusie (paragraaf 11).

2. **BESCHRIJVING VAN DE HUIDIGE ORGANISATIE VAN PRORAIL**

- (19) Alvorens in te gaan op de mogelijke wijzigingen in de organisatiestructuur van ProRail die zouden kunnen worden doorgevoerd om tegemoet te komen aan de door I&M ervaren knelpunten, geven wij in paragraaf 2.1, 2.2 en 2.3 eerst een overzicht van de huidige organisatiestructuur van ProRail en de totstandkomingsgeschiedenis van deze structuur. Vervolgens geven wij in paragraaf 2.4 een overzicht van de belangrijkste stakeholders van ProRail en de wijze waarop de relatie van ProRail met deze stakeholders is vastgelegd. De mogelijke consequenties van de wijzigingen van de organisatiestructuur van ProRail voor deze stakeholders zullen in de diverse paragrafen per mogelijke organisatievorm worden uiteengezet.

2.1. **Huidige organisatiestructuur ProRail: besloten vennootschap**

- (20) Alle aandelen in het kapitaal van ProRail worden gehouden door Railinfratrust. Enig aandeelhouder van Railinfratrust is de Staat. De huidige concernstructuur is historisch zo gegroeid. Midden jaren negentig zijn drie NS-afdelingen afgesplitst: Railinfrabeheer B.V., Railned B.V. en Railverkeersleiding B.V. Deze vennootschappen zijn onder de vennootschap Railinfratrust geplaatst. Sinds 1 januari 2003 werken de dochters van Railinfratrust samen onder de handelsnaam ProRail. Op 1 januari 2005 fuseerden de drie Railinfratrust-dochters Railinfrabeheer, Railned en Railverkeersleiding tot ProRail B.V. De juridische eigendom van de railinfrastructuur is thans gelegen bij Railinfratrust.
- (21) Het uitgangspunt van het Kabinet, zoals neergelegd in het Deelnemingenbeleid⁵, is dat de Minister van Financiën namens de Staat optreedt als aandeelhouder van de Nederlandse staatsdeelnemingen. Hierdoor wordt de rol van de Staat als aandeelhouder in organisatorische zin gescheiden van de rol van de Staat als beleidsmaker. In dit geval is er een uitzondering gemaakt op dit uitgangspunt en is het beheer van een staatsdeelneming niet expliciet gescheiden van de beleidsrol en voert I&M ook het aandeelhouderschap. Daarmee is sprake van een zogenaamde "beleidsdeelneming". De leden van de RvB worden benoemd door de AvA uit een voordracht op te maken door de RvC. De leden van de RvC worden eveneens benoemd door de AvA met inachtneming van de wettelijke structuurregeling.
- (22) Toepasselijkheid van de structuurregeling heeft gevolgen voor de verdeling van bevoegdheden binnen een vennootschap. Onder het structuurregime zijn enkele vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de AvA beperkt ten gunste van de RvC. Indien het volledige structuurregime van toepassing is, benoemt en ontslaat de RvC de leden van de RvB. Voor bepaalde vennootschappen geldt het verzwakte regime (ook wel aangeduid

⁵ Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, *Kamerstukken II*, 2013/14, 28165, nr. 165.

als "gemitigeerd" of "beperkt" regime), bijvoorbeeld omdat ex artikel 2:265a lid 1 sub b BW sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon die alle aandelen houdt. Onder het verzwakte structuurregime komt de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de bestuurders niet toe aan de RvC, maar aan de AvA. Op deze wijze behoudt de AvA invloed op de samenstelling van de RvB en daardoor indirect op het door de RvB te voeren beleid.

- (23) Voor zowel Railinfratrust als ProRail geldt dat het verzwakte structuurregime van toepassing is.⁶ Het verzwakte structuurregime is verplicht van toepassing op Railinfratrust (Railinfratrust zou er overigens voor kunnen kiezen om het volledige regime vrijwillig toe te passen). ProRail past het regime vrijwillig toe, gelet op artikel 2:263 lid 3 sub a BW.
- (24) De bestuurders en commissarissen van ProRail zijn tevens bestuurder/commissaris van Railinfratrust. Er is daarmee sprake van een personele unie. De statuten van ProRail en Railinfratrust bevatten nagenoeg dezelfde bepalingen op governance gebied. In de praktijk handelen zowel de Staat als ProRail alsof de Staat rechtstreeks aandeelhouder is van ProRail. Formeel is er een verschil tussen de algemene vergadering van aandeelhouders van ProRail (enig aandeelhouder van ProRail is Railinfratrust die vertegenwoordigd wordt door het bestuur van Railinfratrust) en de algemene vergadering van Railinfratrust (enig aandeelhouder van Railinfratrust is de Staat die vertegenwoordigd wordt door de Staatssecretaris). Aangezien zowel de Staat als ProRail handelen alsof de holding niet bestaat en de Staatssecretaris voor zover wij weten niet heeft aangevoerd dat zij de holding ziet als een belemmering om de gewenste sturing te kunnen geven, maken wij in dit advies over het algemeen geen onderscheid tussen Railinfratrust en ProRail (behalve daar waar expliciet Railinfratrust wordt aangeduid).
- (25) De RvB bestaat uit drie leden: een Chief Executive Office ("CEO"), een Chief Financial Officer ("CFO") en een Chief Operating Officer ("COO"). De leden van de RvB zijn tevens lid van het Executive Committee ("ExCo"). De ExCo is verantwoordelijk voor de ondersteuning van de RvB bij de uitvoering van zijn taken en bevoegdheden en bestaat naast de leden van de RvB uit de afdelingshoofden HRM, Communicatie, Vervoer en dienstregeling, Finance, Procurement, Assetmanagement, ICT, Projecten en Verkeersleiding. De RvB heeft zich ingevolge artikel 13.3 van de statuten te gedragen naar door de AvA gegeven aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, economische en sociale beleid. Ingevolge artikel 13.4 van de statuten zijn de in dat artikel genoemde bestuursbesluiten onderworpen aan de goedkeuring van de AvA en de RvC. De in artikel 13.5 van de statuten genoemde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van alleen de RvC. ProRail past daarnaast sinds 2006 vrijwillig de Corporate Governance Code ("Code") toe. Omdat ProRail geen beursgenoteerde vennootschap is, wijkt ProRail van een aantal bepalingen van de Code af. Deze afwijkingen worden in overeenstemming met de Code in het bestuursverslag van ProRail vermeld.

2.2. Huidige sturingsmogelijkheden van de Staatssecretaris op ProRail

- (26) De Staatssecretaris kan als aandeelhouder van ProRail toezicht houden op en sturing geven aan ProRail. De leden van de RvB worden benoemd en ontslagen door de AvA. De RvB moet zich daarnaast gedragen naar door de AvA gegeven aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, economische en sociale beleid. Bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van de AvA.

⁶ Het verzwakte regime geldt voor alle 100% staatsdeelnemingen; zie artikel 2:265a lid 1 sub b BW, zie ook: *Kamerstukken II*, 2005/06, 28165, nr. 28, bijlage, p. 13; en *Kamerstukken II*, 2005/06, 28165, nr. 34.

- (27) Belangrijker zijn echter de sturingsmogelijkheden die de Staatssecretaris heeft over publiekrechtelijke band. Hiervoor is in het bijzonder de Beheerconcessie 2015-2025 van belang. Hieruit volgen onder meer diverse (informatie)verplichtingen van ProRail jegens de Staatssecretaris als concessieverlener. Daarnaast kan de Staatssecretaris ook als subsidieverstrekker sturing geven aan ProRail, omdat ProRail zich moet houden aan de in de subsidie opgelegde verplichtingen. Op deze publiekrechtelijke sturingsmogelijkheden wordt in paragraaf 4.1 nader ingegaan.
- (28) Deze toezichtmogelijkheden werken ook door in de relatie tussen de Staatssecretaris en de Tweede Kamer. In de Rijksbegroting 2017 wordt gewezen op de toezegging van de Staatssecretaris aan de Tweede Kamer dat twee aandeelhoudersvergaderingen per jaar plaatsvinden en dat na elke aandeelhoudersvergadering de Staatssecretaris de Kamer op hoofdlijnen zal informeren over wat daarin is besproken.⁷ In Bijlage A (Infrastructuurfonds) is tevens voorzien in een uitgebreide informatieparagraaf over ProRail.⁸

2.3. Totstandkoming en evaluatie van de huidige organisatiestructuur

- (29) Het spoorwegvervoer en het beheer van spoorweginfrastructuur is altijd uitgevoerd door private ondernemingen onder publiekrechtelijke regulering.⁹ Sinds 1919 is het onderhoud van het spoor onderdeel geweest van (wat thans heet) N.V. Nederlandse Spoorwegen ("NS"). Relatief recent is besloten het beheer van de infrastructuur te scheiden van de NS en onder te brengen in de besloten vennootschap ProRail. In het kader van die reorganisatie van NS is ook stilgestaan bij de vraag welke organisatievorm ProRail zou moeten krijgen. In het kader van het voornemen van de Staatssecretaris is het goed om stil te staan bij de overwegingen die het Kabinet destijds had om er niet voor te kiezen om ProRail in het publieke domein te brengen.
- (30) De Spoorwegwet uit 1875 is met ingang van 1 januari 2005 ingetrokken en vervangen voor de huidige Spoorwegwet. In de wetsgeschiedenis wordt de keuze voor een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke infrastructuurbeheerder uiteengezet. Waar in 1999 nog de voorkeur werd uitgesproken voor een zbo¹⁰, werd in de Herbezinningsbrief uit 2001¹¹ en in de vierde Nota van Wijziging ("NvW")¹² alsnog voor een privaatrechtelijke

⁷ *Kamerstukken II*, 2016/17, 34550, XII, nr. 2, p. 259, onder verwijzing naar *Kamerstukken II*, 2015/16, 29984, nr. 625, p. 3.

⁸ *Kamerstukken II*, 2016/17, 34550 A, nr. 2, met name bijlage 4 en 5. Op p. 152 valt te lezen: "In de kabinetsreactie op het rapport van de Tijdelijke Commissie Onderhoud en Innovatie spoor (*Kamerstukken II*, 2011/12, 32707, nr. 16) is een pakket maatregelen aangekondigd om de informatievoorziening naar de Tweede Kamer beter en transparanter te maken (aanbevelingen 14 en 15). Een deel van deze maatregelen is verwerkt in Bijlage 4 (instandhoudingsbijlage) en de verdiepingsbijlagen. In deze bijlage wordt de informatie verstrekt die de aansluiting tussen de middelen op het Infrastructuurfonds en de bestedingen door ProRail betreft. In deze bijlage zijn de volgende onderdelen opgenomen: A. Specificatie inkomsten en uitgaven ProRail: Aansluiting tussen de verwachte inkomsten en uitgaven voor de periode 2017–2021. B. Aansluiting tussen Infrastructuurfonds en ProRail: Een schematische weergave van de financiële stromen van de spoorinfrastructuur in 2017."

⁹ De eerste Spoorwegwet dateert al uit 1859. Uitgangspunt van deze wetgeving was en is, dat het spoor een particuliere activiteit is waarop vanwege het daarmee gemoeide algemene belang (veiligheid en vervoer) door middel van wetgeving toezicht moet worden gehouden.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1999/00, 16464, nr. 15.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27465, nr. 3/53A.

infrastructuurbeheerder gekozen. Hieronder worden de meest relevante overwegingen uit die 4^e NvW geciteerd, waarbij voor de leesbaarheid enkele passages door ons zijn onderstreept:

"Het wetsvoorstel voor een nieuwe Spoorwegwet beoogt, in samenhang met de voorgestelde wijziging van de Wet personenvervoer 2000, een algehele herziening van de formele wetgeving inzake de spoorwegen. Ten opzichte van het verleden is een centraal element de regeling van de splitsing van activiteiten, die tot op heden voornamelijk binnen één spoorbedrijf – de N.V. Nederlandse Spoorwegen en haar dochterondernemingen – plaatsvinden. Aanleg en beheer van hoofdspoorweginfrastructuur, inclusief uitvoerende werkzaamheden, waren in het oorspronkelijke wetsvoorstel zonder meer aangemerkt als overheidstaak. Die taken waren in het oorspronkelijke voorstel gelegd bij een nieuw zelfstandig bestuursorgaan, de Spoorwegbeheersorganisatie, dat zou worden gevormd uit de bestaande «taakorganisaties». Daarbij gaf de memorie van toelichting een scherp contrast aan met het leggen van het vervoer bij «marktpartijen in concurrentie»: concurrentie om de spoorweg voor personenvervoer en concurrentie op het spoor voor het goederenvervoer. De onderhavige vierde nota van wijziging doet het wetsvoorstel dichter bij de nu bestaande structuur blijven dan het oorspronkelijke wetsvoorstel. Daarbij blijft onveranderd het doel om te komen tot een volwaardige publiekrechtelijke regeling bij en krachtens de wet, waarmee de overheidsverantwoordelijkheid en de publieke zorg worden geborgd. (...)

Het primaire publieke belang dat met de spoorwegen is gemoeid, is de kwaliteit van het spoorvervoer zoals de reiziger en verlader dat ervaren: het inhoudelijk eindresultaat van de werkzaamheden van de spoorsector als geheel. De wettelijke structuur regelt de verhouding tussen overheid en spoorwegondernemingen en legt de verhoudingen, rollen en verantwoordelijkheden van de verschillende partijen vast. De wetgeving beoogt een structuur te creëren voor een goed werkend spoorbestel waarin het primaat ligt bij goed rijdende treinen, die de maatschappelijk wenselijke vervoerbehoefte bedienen. Het werk dient te worden gedaan door uitvoerende spoororganisaties, die door de overheid zijn gereguleerd en binnen gestelde kaders worden gestuurd. Onverlet de politieke verantwoordelijkheid, dient de overheid in normale omstandigheden naar de dagelijkse bedrijfsvoering als het ware geen omkijken te hebben.

Sinds het begin van de jaren negentig is gewerkt aan structuurverandering in de Nederlandse spoorsector. Deze structuurverandering was telkens vooral geconcentreerd op twee elementen. Ten eerste werd het contrast benadrukt tussen de zorg voor de kwaliteit van en de toegang tot de spoorweginfrastructuur als overheidstaak, terwijl de vervoerder bepaalt of en hoe op deze openbare spoorwegen treinvervoer plaatsvindt. In de tweede plaats en daaraan gerelateerd, lag de nadruk op decentralisatie en concurrentie voor deze vervoersdiensten, als middel bij uitstek om het primaire doel – goed spoorvervoer – te bereiken. Zonder af te doen aan het belang van decentralisatie en marktwerking als instrumenten om het primaire beleidsdoel te dienen, dient ook in het algemeen een stabiele, wettelijke omgeving tot stand te komen. Daarbij past ook de vraag of de scherpe scheiding van de zorg voor de infrastructuur als overheidstaak enerzijds en de zorg voor het vervoer als markttaak anderzijds, niet te axiomatisch en te ongenueanceerd is. Bij nader inzien zijn vervoer en infrastructuur wellicht niet geheel onvergelykbaar als elementen van een sector die als geheel een publiek belang dient. Daarmee zouden beide binnen een publiekrechtelijke omgeving met voldoende ruimte voor optimalisatie tot een goed gereguleerde, doelmatige uitvoering moeten komen en is op voorhand het bij wet creëren van een verschil in rechtsvorm van infrastructuurbeheerder en vervoerder niet een effectief sturingsinstrument.

In 2001 zijn twee nieuwe Europese richtlijnen tot stand gekomen, die een ingrijpende verandering behelzen ten opzichte van de eerdere richtlijn 91/440/EEG. Deze richtlijnen dienen in maart 2003 in de Nederlandse wet te zijn geïmplementeerd. Zij schrijven onder meer tamelijk gedetailleerd de vormgeving van en verhoudingen tussen overheid, infrastructuurbeheerder(s) en vervoerder(s) voor, met name vanuit het uitgangspunt van non-discriminatoire toegang voor goederenvervoerders en bepaalde soorten internationaal reizigersvervoer.

In omliggende landen als Duitsland en Engeland is recentelijk tot vrij ingrijpende veranderingen van de ordening van de spoorsector besloten. Op Europees niveau zijn alweer nieuwe richtlijnen in de maak. Duidelijk is dus geworden, dat het ideale model nog niet is uitgekristalliseerd. Het nemen van ver gaande, onomkeerbare stappen, waarvan de gevolgen niet goed zijn te overzien is in zo'n context minder gewenst.

Daarom is het oorspronkelijke wetsvoorstel met deze nota van wijziging op onderdelen ontdaan van elementen van reorganisatie en structuurverandering die het in zich had. Met name wordt afgezien van het creëren van een Spoorwegbeheersorganisatie als zelfstandig bestuursorgaan en behoudt de beheerder (waarin de drie taakorganisaties opgaan) zijn privaatrechtelijke vorm. Als tegenwicht wordt alsnog invulling gegeven (zoals ook beoogd door de richtlijnen 91/440/EEG en 2001/14/EG) aan onafhankelijk publiek toezicht op onder meer de wijze waarop de beheerder jegens vervoerders zijn taak uitoefent (zie met name de voorgestelde artikelen 91a tot en met 92). Het is de bedoeling om met het aangepaste wetsvoorstel een drietal zaken te regelen:

Ten eerste het actualiseren en moderniseren van de bestaande regelgeving, die deels nog uit de negentiende eeuw stamt.

Ten tweede het codificeren van de bestaande situatie en van reeds aanvaarde beleidsvoornemens. Bijvoorbeeld het bieden van een wettelijk kader voor de situatie waarin de eigendom van de infrastructuur en de taakorganisaties uit de NS-holding zijn geplaatst, en voor het samenvoegen van drie taakorganisaties in een infrastructuurbeheersorganisatie. Tevens borgt de wet de overheidszorg voor de veiligheid.

Ten derde het beleidsneutraal implementeren van de Europese regelgeving. Bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, het daarin opgenomen mechanisme van capaciteitsverdeling tussen personen en goederenvervoerders. Verder het in de wet verankeren van onafhankelijk toezicht op de relatie infrastructuurbeheerder – vervoerder en op de toegang tot «bijkomende voorzieningen» (artikel 73 en 74), als ook de toegang van en concurrentie op het spoor tussen goederenvervoerders.

Met het gewijzigde wetsvoorstel wordt beoogd een wettelijk kader te creëren binnen de door het Europese beleid bepaalde beleidsruimte. Terwijl op zichzelf de voorgestelde wet duurzaam kan zijn, is afhankelijk van de ervaringen doorontwikkeling in verschillende richtingen niet onmogelijk:

- *het omvormen van de privaatrechtelijk vormgegeven beheerder tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan kan – indien te zijner tijd gewenst – altijd nog;*
- *het herstellen van de holdingstructuur in een bedrijf waarin zowel de zorg voor de infrastructuur als de zorg voor het vervoer is ondergebracht is mogelijk (met inachtneming van het voorgestelde artikel 16, vierde lid);*
- *het aanbesteden van beheersconcessies is mogelijk; evenals het verlenen van een beheersconcessie voor onbepaalde tijd (met de mogelijkheid om de concessie in te trekken bij wanpresteren).*

Beogd is dus een opzet, die nu duidelijkheid en rust creëert, naar huidig inzicht tijdsbestendig en stabiel is en discussies die nog gevoerd moeten worden niet in de weg staat.

In 2006 zal worden geëvalueerd wat in de praktijk de ervaring met de doeltreffendheid en de effecten van de structuur en de wetgeving zijn. (Zie het voorgestelde artikel 160.)

Momenteel is de infrastructuur eigendom van (een dochtermaatschappij van) de NS. In mijn hierboven al genoemde brief van 7 september 2001 heb ik het voornemen aangekondigd om de eigendom van de infrastructuur alsnog ondubbelzinnig bij de Staat der Nederlanden te leggen. Zowel ten opzichte van NS als ten opzichte van de infrastructuurbeheerder is dit juridisch een wezenlijke verandering. In de bestaande situatie is NS eigenaar. Dit betekent dat NS alle uit het eigendom voortvloeiende rechten heeft, behalve voorzover die bij of krachtens de wet of een overeenkomst zijn ingeperkt. In de nieuwe situatie heeft de Staat, naast zijn publieke positie, ook de eigendomsrechten. Vervoerders en infrastructuurbeheerder(s) hebben dan in principe alleen rechten in de mate dat die bij of krachtens de wet of overeenkomst zijn verstrekt.

Dit leidt er in zijn uitwerking toe dat binnen een publiekrechtelijk kader een concessie verleend wordt aan de infrastructuurbeheerder, maar met behoud van diens (bestaande) privaatrechtelijke vorm. Daarnaast wordt een concessieregime voor het binnenlandse reizigersvervoer geïntroduceerd, dat in de Wet personenvervoer 2000 wordt opgenomen door middel van de Concessiewet personenvervoer per trein; dit geldt voor het hoofdrailnet, de HSL, en regionale/decentrale lijnen. Terwijl de concessies exclusiviteit verlenen, hebben goederenvervoerders ingevolge het wetsvoorstel Spoorwegwet in beginsel toegang in concurrentie op het spoor. Zowel de infrastructuurbeheerder als de reizigersvervoerders hebben een op een concessie gebaseerde (publiekrechtelijke) relatie met de overheid. Dit is een wijziging ten opzichte van de bestaande situatie, waarin die relatie met privaatrechtelijke overeenkomsten wordt geregeld.

De verhouding tussen infrastructuurbeheerder en vervoerders is – anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel – niet meer vormgegeven als een publieke gezagsrelatie. Met deze nota van wijziging wordt voorgesteld deze centrale relatie meer vorm te geven als een relatie van gelijkwaardigheid, wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie. Deze relatie wordt dan ook beheerst door (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomsten. Zoals hierboven genoemd wordt ten behoeve van (doelmatig beheer en) billijk en niet-discriminerend gebruik van spoorweginfrastructuur onafhankelijk publiek toezicht ingevoerd op onder meer het functioneren van de beheerder en diens handelen jegens vervoerders. Dit toezicht wordt opgedragen aan de NMa en zal worden uitgevoerd door een apart, gespecialiseerd onderdeel binnen de NMa, de Vervoerkamer. De toezichthouder kan zo nodig een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen.

Wat betreft naleving van de concessie(s) voor het beheer is de minister als concessieverlenende partij in eerste instantie degene die op uitvoering van rechten en plichten toeziet. Voor een deel echter is deze taak bij de toezichthouder belegd (...). Het is wezenlijk dat er voor beiden voldoende en effectieve instrumenten zijn om de concessiehouder zo nodig aan te sturen. In het uiterste geval is dit gehele of gedeeltelijke intrekking van de concessie. Met name gedeeltelijke intrekking is praktisch realistisch, en kan betekenen dat de concessie functioneel en/of regionaal wordt gesplitst. Om zich een voorstelling te maken valt bijvoorbeeld te denken aan het beheer van regionale spoorlijnen, aan het feit dat tot de voorgenomen fusie er in de praktijk drie taakorganisaties hebben gefunctioneerd en aan de aanbesteding van onderhoud en instandhouding van de HSL-Zuid.

Ten slotte zal de infrastructuurbeheerder een vennootschap met 100% staatsaandeel zijn, waardoor in een uiterst geval via die route ook ingegrepen kan worden in de personele sfeer. Zo nodig zal de Staat als aandeelhouder personele consequenties voor commissarissen en/of bestuur kunnen trekken.

De positie van de Staat als aandeelhouder wordt verder versterkt door de voorgenomen wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Dit alles blijft echter een ultimum remedium, dat in de dagelijkse praktijk vooral als stok achter de deur geldt. Ook in minder extreme omstandigheden kunnen de concessieverlener en toezichthouder sturen – zo nodig door het uitoefenen van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom -, onder meer via de voorschriften die aan de concessie worden verbonden en de mogelijkheid om die voorschriften te wijzigen, en via het complementaire subsidieregime op basis van de Wet Infrastructuurfonds.

In de normale, gewenste gang van zaken zal de infrastructuurbeheerder zich moeten kunnen ontwikkelen tot een onafhankelijke, krachtige partij die vanuit een eigen verantwoordelijkheid opereert binnen publieke kaders (prestatienormen, milieu, veiligheid en capaciteitsverdelingsregels). De infrastructuurbeheerder is verantwoordelijk voor het beschikbaar stellen van infrastructuur die voldoet aan wettelijke eisen en overeengekomen prestatie-eisen met de vervoerder. Hij zal door de vervoerder aangesproken worden op de beschikbaarheid van infrastructuur. De infrastructuurbeheerder zal daarom, naast het beheer en instandhouding van infrastructuur (de zorg voor de kwaliteit van de infrastructuur), ook de zorg voor de verdeling van de capaciteit en de zorg voor het leiden van het verkeer, c.q. het «bedienen» van de infrastructuur hebben.

De relatie infrastructuurbeheerder – overheid wordt aldus gekenmerkt door algemeen verbindende voorschriften en een concessie- en subsidieregime met «output»-sturing. De infrastructuurbeheerder staat voor zijn dagelijkse bedrijfsvoering op afstand van de overheid en wordt richting gegeven door de vervoerders als «gebruiker». In deze relatie komt ook de subsidiebehoefte voor infrastructuur tot stand, als onderdeel van een integrale optimalisatie tussen vervoer en de daarvoor benodigde «fabriek».

Daarin is een primaire sturingslijn, dat de infrastructuurbeheerder transparante en doelmatige besteding van overheidsmiddelen dient aan te tonen, bij aanvraag vooraf en over de realisatie achteraf. Onder meer zal daarin «best practice» ten opzichte van buitenland en andere sectoren dienen te worden aangetoond, door een kwaliteitssysteem van regelmatige toetsing door erkende experts. De overheid bemoeit zich in principe niet met de dagelijkse bedrijfsvoering van infrastructuurbeheerder(s) of vervoerder(s). In de respectieve concessies worden onder meer verplichtingen opgenomen waarmee de kwaliteit van de prestaties getoetst kan worden. Verplicht kan bijvoorbeeld worden prestaties te laten «benchmarken» en aan te geven welke maatregelen een concessiehouder zo nodig neemt om de prestaties te verbeteren.

De nu voorgestelde structuur biedt daarmee goede sturingsmogelijkheden om het algemeen belang te borgen. Dit geldt ook in de vergelijking met de oorspronkelijk voorgestelde positionering van de Spoorwegbeheersorganisatie als zelfstandig bestuursorgaan, waarin (ter illustratie) er geen hiërarchische ondergeschiktheid aan de minister was, noch aanwijzingen konden worden gegeven in individuele gevallen.

Bij het opsplitsen van de voormalige geïntegreerde monopolist NS langs de breuklijn infrastructuur/vervoer, blijft dus voor beide gelden, ook in de nieuwe structuur, dat niet een ambtelijke, dagelijkse aansturing van het productieproces, maar de interactie tussen de gescheiden functies tezamen met onafhankelijk toezicht en een regisserende overheid een goed spoorproduct moeten waarborgen.

Wat betreft de veiligheid van het goederen- en personenvervoer is van belang dat de verantwoordelijkheid voor regelgeving, vergunningverlening en handhaving eenduidig bij de

overheid wordt gelegd. In de wettekst worden deze taken dus opgedragen aan de Minister van Verkeer en Waterstaat. De daarvoor noodzakelijke functies (en medewerkers) zullen onder de verantwoordelijkheid van de Inspectie Verkeer en Waterstaat worden gebracht. In ieder geval gedurende een overgangperiode is er geen bezwaar tegen om elementen van deze taken voor te laten bereiden en uit te laten voeren door (medewerkers van) bijvoorbeeld de infrastructuurbeheerder. Juist waar het veiligheid betreft is het immers zaak om veranderingen ten opzichte van de bestaande praktijk grondig en in zorgvuldig overleg met betrokkenen voor te bereiden.

Parallel aan de totstandkoming van deze wetgeving wordt een geïntegreerd bedrijf opgesplitst. In de praktijk moet rekening worden gehouden met moeilijk te splitsen verwevenheden in de bedrijfsvoering en bedrijfsmiddelen. Het is goed voorstelbaar dat het gedurende langere tijd praktisch wenselijk is om geen te rigide scheiding tussen infrastructuurbeheerder en de vervoerder aan te brengen, vanwege het belang van de reiziger, de verlader en van procesvereenvoudiging. Uitvoering van sommige taken van de infrastructuurbeheerder door een vervoerder en omgekeerd behoort daarbij tot de mogelijkheden. In het oorspronkelijke voorstel was dit uitgesloten; met deze nota van wijziging wordt voorgesteld het alsnog mogelijk te maken. Dit is verantwoord door de garantie van het onafhankelijk toezicht. Welke taken dit precies betreft, is niet op voorhand volledig te definiëren, juist omdat bij de voortschrijdende splitsing praktische verwevenheden naar voren kunnen komen. Te denken valt op dit moment echter bijvoorbeeld aan het onder verantwoordelijkheid van de infrastructuurbeheerder uitvoeren van capaciteitsbeheer in niet-centrale gebieden, waar dit nu ook al door een vervoerder gebeurt. Ook lijken praktische punten naar voren te kunnen komen in de splitsing van taken tussen Railverkeersleiding en NS.

Met deze vierde nota van wijziging worden de EU-richtlijnen 91/440/EEG (zoals gewijzigd door richtlijn 2001/12/EG) en 2001/14/EG volledig in de Nederlandse regelgeving geïmplementeerd (afgezien van op grond van de nieuwe wet nog vast te stellen algemene maatregelen van bestuur). Met name richtlijn 2001/14/EG is tamelijk gedetailleerd en specifiek. Om die reden wordt in de voorgestelde artikelen op veel plaatsen rechtstreeks naar de richtlijn verwezen.

Verhoudingen tussen spoorwegondernemingen en andere aanvragers en de beheerder worden volgens richtlijn 2001/14/EG in aanzienlijke mate geregeld volgens onderling te sluiten overeenkomsten. Gelet op de keuze voor een tweezijdige, gelijkwaardige verhouding tussen beheerder en vervoerders in deze nota van wijziging, kan eenvoudiger worden aangesloten bij de opzet van die richtlijn.

Richtlijn 2001/14/EG beschrijft in hoofdstuk III bijvoorbeeld gedetailleerd een onderhandelingskader en een stapsgewijs onderhandelingsproces voor de totstandkoming van overeenkomsten over capaciteitsverdeling tussen infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen. Dit proces wordt gekenmerkt door de gelijkwaardigheid van partijen, het ademt de geest van een overlegprocedure waarin partijen er met elkaar uit moeten komen. Deze sfeer sluit goed aan bij de beleidsconclusie dat de dagelijkse, intensieve interactie en onderlinge optimalisatie en afstemming tussen infrastructuurbeheerder en vervoerder(s) een basis dient te vormen voor een spoorsector die het uiteindelijk publiek belang – goed vervoer voor reiziger en verlader – tot stand brengt.

Ook het behoud van de privaatrechtelijke vorm van de infrastructuurbeheerder lijkt beter aan te sluiten bij beide richtlijnen en met name ook bij de wijzigingen in 91/440/EEG, die zijn opgenomen in 2001/12/EG.

Letter en geest van deze nieuwe richtlijnen corresponderen goed met de bestaande situatie, waarin de taakorganisaties vennootschappen zijn. Ter illustratie moge worden verwezen naar enkele passages uit deze richtlijnen. In de considerans van 2001/12/EG wordt de positie van de overheid ten opzichte van de infrastructuurbeheerder benoemd: «Ter bevordering van het efficiënte beheer van de infrastructuur in het algemeen belang dient aan de infrastructuurbeheerders een positie te worden toegekend, die hen onafhankelijk ten opzichte van de overheid maakt, en dienen zij de vrijheid te hebben hun eigen bedrijfsvoering te kiezen, waarbij de lidstaten de noodzakelijke maatregelen voor de ontwikkeling en het veilig gebruik van de spoorweginfrastructuur dienen te nemen.»

In artikel 3 van die richtlijn wordt de definitie van infrastructuurbeheerder in richtlijn 91/440/EEG gewijzigd van «overheidsinstantie of onderneming, die» in «instantie of onderneming, die...»

In artikel 4 is een lid toegevoegd, dat luidt: «De infrastructuurbeheerder is verantwoordelijk voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle en neemt hierbij het kader en de specifieke heffings- en toewijzingsregels die door de lidstaten zijn opgesteld in acht.» In deze context is relevant dat juist dit artikel sinds 1991 voorschreef dat spoorwegvervoersdiensten een bedrijfsmatige vorm moeten hebben. Daaraan is dus nu een vergelijkbaar lid voor het infrastructuurbeheer toegevoegd. Deze vormgeving heeft overigens in Nederland altijd al bestaan, maar in sommige EU-landen waren de spoorwegen een ambtelijke overheidsdienst.

Artikel 6 van richtlijn 2001/14/EG bepaalt: «De lidstaten zorgen dat (...) onder normale zakelijke omstandigheden (...) in de boeken van de infrastructuurbeheerder de inkomsten uit infrastructuurrechten, overschotten uit andere commerciële activiteiten en overheidsfinanciering enerzijds en infrastructuuruitgaven anderzijds ten minste in evenwicht zijn» [cursivering toegevoegd].

In de considerans van richtlijn 2001/14/EG wordt in overweging 17 over capaciteitstoewijzing gezegd: «Het is belangrijk de commerciële eisen van zowel de aanvragers als de infrastructuurbeheerder voor ogen te houden», en is in overweging 36 sprake van het «exploiteren van infrastructuur».

Deze Europese regels en overwegingen lijken toch minder goed te passen bij het zelfstandige bestuursorgaan zoals voorzien in het oorspronkelijke voorstel, c.q. bij de regeling van het infrastructuurbeheer als «publieke functie», zoals de Raad van State het aanduidt in zijn advies over deze nota van wijziging. De bestaande positie van vennootschappen in staatseigendom is qua vorm passender, onafhankelijk van de mate van aandeelhoudersmacht, die zal toenemen ten opzichte van de bestaande situatie, onder meer door de op handen zijnde wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Overigens dient onderscheid gemaakt te worden tussen een «publiekrechtelijke regeling van het infrastructuurbeheer» en een «publieke functie». Dit wetsvoorstel bevat die publiekrechtelijke regeling. De complementaire publieke functie is niet neergelegd bij het infrastructuurbeheer zelf, maar bij de minister en bij de toezichthouder, in lijn met letter en geest van de nieuwe Europese regels."

- (31) In de 4^e NvW wordt verwezen naar de Herbezinningsbrief d.d. 7 september 2001.¹³ Hierin formuleert de Minister van Verkeer en Waterstaat haar twijfels over de geschiktheid van een publiekrechtelijke organisatievorm als volgt:

¹³ Kamerstukken II, 2000/01, 27465, nr. 3/53A.

"Herbezinning op wetsvoorstellen: twijfels over de voorziene structuur

Gebleken is dat de bestaande wetsvoorstellen onvoldoende waren gericht op de zakelijke, maar dagelijkse en intensieve, relatie tussen vervoerders en infrabeheerder. Het is die relatie die ervoor zorgt dat er bij het tot stand brengen van het vervoersaanbod een goede benutting van de infrastructuur plaats vindt. Ook is actieve communicatie en soepele interactie tussen vervoerders en infrabeheerder noodzakelijk om goed vervoer voor de reiziger en de verlader te bereiken.

In 1995 is gekozen voor scheiding van infrastructuur en vervoer; deze keuze is bevestigd in het beleidsvoornemen Derde Eeuw Spoor uit 1998 en vormt de principiële basis van de uitgebreide Europese regelgeving voor de spoorsector. In het nu te wijzigen wetsvoorstel was de infrastructuur niet alleen buiten NS geplaatst, maar bovendien belegd bij een ambtelijke overheidsorganisatie – een zelfstandig bestuursorgaan. In anticipatie hierop zijn overheid, infrabeheerder en vervoerders zich al gaan gedragen min of meer conform de nieuwe structuur. Die ervaring noopt tot bijstelling van de bestaande wetsvoorstellen.

Een overheersend probleem blijkt bij nader inzien de publieke vormgeving van de uitvoering. Onverlet de politieke verantwoordelijkheid van de minister wordt de feitelijke afstandelijkheid van de uitvoering door de rechtsvorm beïnvloed. De overheid zou direct uitvoerende verantwoordelijkheid krijgen voor infrastructuur en stationsvoorzieningen. Daardoor zou de overheid mede aansprakelijk worden voor de dagelijkse vervoersprestaties en bijvoorbeeld het omzetten van wissels een publieke taak, net als het inplannen van beheer en onderhoud op concrete baanvakken. De afstand tussen uitvoering en Minister wordt sterk verkleind, de afstand tussen infrabeheerder en vervoerders sterk vergroot. Dit terwijl juist de vervoerders de klanten van de infrabeheerder zijn, die met de infrabeheerder samen tot onderlinge optimalisatie van infrakwaliteit, onderhoud en vervoer moeten komen.

Een primaire eis aan wetgeving is dat deze juist een conflictarme omgeving bewerkstelligt. De ontstane relatie tussen overheid, infrabeheerder en vervoerders werkt conflicten in de hand en betreft te vaak directe overheidsbetrokkenheid bij elementen van dagelijkse bedrijfsvoering. De communicatie tussen vervoerder en infrabeheerder ging nu met het oog op de in het voorgestelde systeem te ontstane verantwoordelijkheden steeds meer via de overheid lopen. In een dergelijke onheldere omgeving ontstaat het risico dat iedereen naar de ander kijkt om in beweging te komen. Vaak is het moeilijk de verantwoordelijkheid eenduidig toe te wijzen aan een enkele partij; laat staan dat de verantwoordelijke partij ook het beste is uitgerust om dat probleem te beheersen.

Infrabeheerder en vervoerders moeten samen het primaat hebben en niet het overheidsapparaat. Het moeten twee sterke uitvoerende partijen zijn, die elkaar in een gezonde samenwerking met oog voor eigen rol en verantwoordelijkheid in evenwicht houden. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid heeft er op gewezen dat voor de borging van het publiek belang bedrijfscultuur net zo een belangrijke factor is als bijvoorbeeld concessievoorwaarden en incentive-regelingen. Die bedrijfscultuur van publiek belang, dat verantwoordelijkheidsgevoel moet weer in Utrecht komen te liggen.

Hiernaast zijn er nog twee bijkomende problemen: Omdat de relaties tussen betrokkenen ten principale publiekrechtelijk van aard waren, en dus op detailniveau in wetten en AMvB's moest worden vastgelegd, was het voorgestelde systeem ook betrekkelijk inflexibel. Een tweede bijkomend probleem is dat de overgang naar de overheid van het infrastructuurmanagement – sinds jaar en dag een in Utrecht gevestigd bedrijf – gepaard gaat met grote managementvraagstukken. Deze vragen veel tijd en energie, die niet aan de kerntaak – zorg voor een maximaal beschikbare en benutte infrastructuur – kan worden besteed."

- (32) In 2008 heeft een evaluatie van de Spoorwegwetgeving plaatsgevonden.¹⁴ In het Kabinetsstandpunt naar aanleiding van deze evaluatie wordt over de organisatievorm van ProRail opgemerkt:

"Het kabinet heeft voor de uitvoering van de motie Wolfson c.s. onderzoek gedaan naar de vraag welke organisatievormen voor ProRail mogelijk zijn en wat daarvan de consequenties zouden zijn.

Mede op basis van de uitkomsten van de evaluatie en het onderzoek naar aanleiding van de motie Wolfson c.s. komt het kabinet tot de conclusie dat de huidige organisatievorm van ProRail en de sturingsinstrumenten die het ministerie van Verkeer en Waterstaat bij deze vorm heeft voldoende mogelijkheden bieden om invulling te geven aan de ambities van dit kabinet.

Eén van de aanleidingen voor het onderzoek naar alternatieve beheersvormen (motie Wolfson c.s.) was dat de indieners zich afvroegen of de aangebrachte «harde» economische scheiding tussen de vervoer- en de beheertaken wel de juiste was. Vanwege de grote verwevenheid tussen het laten rijden van treinen en het beheer van de infrastructuur zou het bij elkaar houden van deze taken verstandiger zijn. Inmiddels is de scheiding tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerders vervolmaakt en blijkt de samenwerking tussen de beheerder en de vervoerders verbeterd en tot een goed product voor de reiziger en verlader te leiden. De omstandigheden nopen daarom in de huidige situatie niet meer tot dergelijke fundamentele vraagstellingen. Omvorming van ProRail naar een ZBO of baten-lastendienst (agentschap) is wat het kabinet betreft onwenselijk en niet noodzakelijk. Het kabinet heeft daarbij de volgende drie overwegingen:

Ten eerste is het van belang dat de dagelijks intensieve samenwerkingsrelatie met vervoerders niet doorbroken wordt door zo'n forse organisatorische maatregel. Spoorvervoer is tegenstelling tot wegvervoer een gesloten voertuiggeleid systeem waarbij het uit oogpunt van veiligheid en optimale benutting van groot belang is dat de beheerder en de vervoerders dagelijks goed en intensief met elkaar samenwerken.

Ten tweede is naar het oordeel van het kabinet binnen de huidige positionering van ProRail voldoende verbeterruimte om de aansturing, de focus en de rol van ProRail als publieke dienstverlener en uitvoeringsorganisatie aan te scherpen. Deze maatregelen, die naar oordeel van het kabinet ook noodzakelijk zijn, zijn in het vervolg van dit hoofdstuk nader toegelicht.

*De derde overweging van het kabinet is dat uit de evaluatie blijkt dat de samenwerking tussen ProRail en de vervoerders de afgelopen jaren is verbeterd en dat daarmee de doelstelling voor de samenwerking van de herbezinning is gerealiseerd. Ook de verbeterde prestaties van de afgelopen jaren geven aan dat de samenwerking tussen de vervoerders en de beheerder werkt. Daarnaast zijn gedurende de evaluatie uit de sector geen signalen naar voren gekomen dat de huidige ordening een fundamentele herziening vereist.*¹⁵

- (33) In februari 2013 presenteerde de Minister met het eerste deel van de Lange Termijn Spooragenda ("LTSa1") haar visie op het spoor en bijbehorende ambities en doelen tot 2028. Op 28 maart 2014 is aan de Tweede Kamer de nieuwe Lange Termijn Spooragenda (deel 2) ("LTSa2") aangeboden. In dit tweede deel worden de belangrijkste toekomstige opgaven en gemaakte keuzes uiteengezet. Hierin valt in de samenvatting het volgende te lezen:

¹⁴ "Spoor in beweging; eindrapport Evaluatie Spoorwetgeving" d.d. 15 december 2008, p. 44.

¹⁵ Kamerstukken II, 2008/09, 31987, nr. 1, p. 25.

"Het kabinet kiest – gelet op het grote belang van een betere samenwerking tussen alle partijen – bewust voor scherpere sturing en niet voor ingrijpen in de ordening. Zowel het samenvoegen van ProRail en NS (in één organisatie of onder een nieuwe holding) als het dichter naar IenM halen van ProRail brengt betere samenwerking tussen ProRail en vervoerders niet direct dichterbij, terwijl dit nu juist de sleutel is tot betere prestaties.

Een (jarenlang) reorganisatieproces is ongewenst en het is bovendien onzeker of dit tot betere prestaties leidt. ProRail en NS krijgen daarom een steviger brug tussen hen in. Daarmee worden de weeffouten van de al te strikte scheiding uit het verleden hersteld. Dit creëert de randvoorwaarden om de komende jaren, samen met de andere OV-partijen betere prestaties te leveren."

- (34) Ten slotte wijzen wij ook op de twee vragen die de Minister in haar brief d.d. 7 september 2011 stelde: *"Ten eerste: is het wel verstandig om in korte tijd een alternatieve structuur te definiëren; zou het niet beter zijn om ruim de tijd te nemen om hier over na te denken? Ten tweede: leidt aanpassing van de voorziene structuur niet juist tot onrust, die afdoet aan de stabiele omgeving waarin herstel tot stand moet komen?"* Deze vragen spelen bij het huidige voornemen van de Staatsecretaris onverkort. In het kader van een zorgvuldige besluitvorming is het wenselijk dat expliciet wordt stilgestaan bij de vraag waarom de redenen die in 2005, 2009 en 2014 nog reden waren om de privaatrechtelijke organisatievorm voort te zetten thans niet meer gelden. Hierbij is in het bijzonder van belang dat daarmee sprake is van een historische trendbreuk: het beheer van spoorweginfrastructuur heeft nog nooit een publiekrechtelijke organisatievorm gehad.

2.4. Overzicht van de belangrijkste stakeholders van ProRail en overige actoren

- (35) Onderstaande tabel geeft een overzicht van de belangrijkste stakeholders van ProRail. De mogelijke consequenties van de wijzigingen van de organisatiestructuur van ProRail voor deze stakeholders zullen in de diverse paragrafen per mogelijke organisatievorm worden uiteengezet.

Stakeholder	Relatie tot ProRail
Staat	<ul style="list-style-type: none"> - Aandeelhouder (vertegenwoordigd door I&M) - Concessieverlener (o.g.v. de Beheerconcessie 2015-2025) - Subsidieverlener - Wetgever
Werknemers	De belangen van de werknemers van ProRail worden vertegenwoordigd door de ondernemingsraad ("OR") en de betrokken vakbonden.
Spoorwegondernemingen	Om toegang te krijgen tot het spoor dienen spoorwegondernemingen toegangs- en capaciteitsovereenkomsten aan te gaan met ProRail
Consumenten	Het belang van de consument wordt o.a. door de vereniging Rover vertegenwoordigd in het Landelijk Overleg

	Consumentenbelangen Openbaar Vervoer ("Locov") en de Maatschappij voor Beter OV
Aannemers	Voor het beheer en aanleg van het spoor gaat ProRail na aanbesteding prestatiegerichte onderhoudscontracten ("PGO") met aannemers aan

- (36) Naast deze stakeholders wordt het relevante speelveld waarin ProRail opereert nog aangevuld met andere actoren, waarvan de belangrijkste actoren de toezichthouders zijn. Het betreft:

ACM	ACM is de toezichthoudende instantie als bedoeld in Richtlijn 2012/34/EU en de Spoorwegwet
ILT	ILT is de veiligheidsinstantie die op grond van Richtlijn 2004/49/EG en de Spoorwegwet (namens de Minister) onder meer een veiligheidsvergunning aan ProRail verleent

3. **BESCHRIJVING VAN DE MOGELIJKE ALTERNATIEVE ORGANISATIEVORMEN VAN PRORAIL OP HOOFDLIJNEN**

- (37) In deze paragraaf wordt op hoofdlijnen beschreven wat de diverse mogelijke organisatievormen inhouden en hoe zij ten opzichte van elkaar verschillen. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: het agentschap, de zbo zonder rechtspersoonlijkheid, de zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, de zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid en een hybride model van een combinatie tussen een agentschap en een zbo. Ten slotte wordt een overzicht gegeven van eventuele maatregelen die de Staat en ProRail in overleg zouden kunnen nemen om aan de doelen van de Staatssecretaris van betere sturing en meer toezicht vanuit I&M tegemoet te komen, zonder de privaatrechtelijke status van ProRail te wijzigen.

3.1. **Agentschap**

- (38) Als ProRail een agentschap zou worden dan zou het een uitvoeringsorganisatie van I&M worden. Rijkswaterstaat is het meest bekende voorbeeld van een uitvoeringsorganisatie. ProRail zou in dat geval op het oog nog redelijk als een zelfstandige organisatie kunnen functioneren (met bijvoorbeeld een eigen website), maar vanuit juridisch oogpunt zijn de gevolgen groot:

- ProRail zou een onderdeel van de Staat worden. Dat betekent dat alle (privaatrechtelijke) overeenkomsten namens de Staat worden gesloten.
- ProRail beschikt dan weliswaar over een taak, maar niet over de daarbij behorende bevoegdheden. Alle besluiten worden formeel-juridisch door of (door middel van mandaat) namens de Staatssecretaris of Minister van I&M ("Minister") genomen.

- De werknemers van ProRail zijn/worden ambtenaren.
- (39) Onderscheid kan worden gemaakt tussen een 'ambtelijke dienst' en een 'agentschap' van een ministerie. Deze organisatievormen komen grotendeels overeen. Een agentschap is, aldus de definitie in de Regeling agentschappen, 'een intern verzelfstandigd in de uitvoering werkzaam dienstonderdeel van een ministerie dat een eigen sturingsmodel en financiële administratie heeft'. Een agentschap functioneert door dit eigen sturingsmodel zelfstandiger dan een ambtelijke dienst. Vanuit juridisch oogpunt is in beide gevallen echter sprake van hiërarchische ondergeschiktheid aan de Staatssecretaris.

3.2. **Zbo zonder rechtspersoonlijkheid**

- (40) Ook een zbo zonder rechtspersoonlijkheid is onderdeel van de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat. Het verschil met een agentschap is dat ProRail in een wet (waarschijnlijk de Spoorwegwet of een Instellingswet) benoemd wordt als bestuursorgaan en dat aan ProRail eigen bevoegdheden worden toegekend.
- (41) Het toekennen van eigen bevoegdheden aan een zbo heeft tot gevolg dat de zbo niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een staatssecretaris of minister. Ministers en staatssecretarissen zijn niet verantwoordelijk voor de besluiten die zbo's op grond van hun wettelijke opdracht nemen. Zij zijn wel verantwoordelijk voor een adequate sturing en adequaat toezicht op de zbo's. Deze sturing op een zbo wordt vormgegeven door middel van de Kaderwet zbo (zie daarover nader in paragraaf 4.2.1) en de wet waarbij de zbo wordt ingesteld.

3.3. **Zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid**

- (42) Het is mogelijk om in een wet aan een zbo rechtspersoonlijkheid toe te kennen. In dat geval wordt gesproken van een 'publiekrechtelijke rechtspersoon'. De eigen rechtspersoonlijkheid heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat overeenkomsten niet door de Staat worden gesloten, maar door de zbo zelf. De sturings- en toezichtsmogelijkheden zijn in beginsel gelijk aan een zbo zonder rechtspersoonlijkheid. In algemene zin kan worden gesteld dat door het toekennen van rechtspersoonlijkheid de afstand tot de Staat enigszins wordt vergroot.

3.4. **Zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid**

- (43) Als in een Instellingswet aan ProRail rechtspersoonlijkheid zou worden toegekend dan zou sprake zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het is echter ook mogelijk dat aan een privaatrechtelijke rechtspersoon (bijvoorbeeld een besloten vennootschap) bij wet taken en werkzaamheden worden toegekend. Een bekend voorbeeld hiervan is De Nederlandsche Bank ("DNB"). DNB is een naamloze vennootschap ("NV"). In de Bankwet 1998 ("Bankwet") worden aan deze privaatrechtelijke rechtspersoon taken en werkzaamheden opgedragen.
- (44) Ook in de Spoorwegwet (en/of een Instellingwet) zou (de huidige vennootschap) ProRail als infrastructuurbeheerder kunnen worden aangewezen. In dat geval zou ProRail binnen het publieke domein worden gebracht, terwijl de privaatrechtelijke rechtsvorm behouden blijft.

3.5. Hybride vorm

- (45) Verder is een van de mogelijkheden die naar verluidt door I&M wordt onderzocht een hybride organisatievorm waarbij sprake is van een agentschap én een zbo. Daarbij zouden twee varianten denkbaar zijn.
- (46) Bij de eerste variant zou de zbo die taken kunnen uitoefenen die op grond van het (huidige en toekomstige) Europese recht onafhankelijkheid behoeven (zie paragraaf 4.1.7). Het betreft dan de capaciteitsverdeling, het vaststellen van de gebruiksvergoeding en verkeersleiding. Deze taken zouden dan worden "los geknipt" van de overige taken van ProRail. Die overige taken, die zien op aanleg en onderhoud, zouden bij een agentschap komen.
- (47) Bij de tweede variant zou een zbo worden gevormd. Het personeel zou echter niet in dienst van deze zbo komen, maar worden aangesteld in algemene dienst van het Rijk.¹⁶

3.6. Maatregelen ter intensivering van sturing en toezicht met behoud van privaatrechtelijke rechtsvorm

- (48) Voor een complete analyse van de mogelijkheden ter intensivering van sturing en toezicht op ProRail vanuit I&M achten wij het noodzakelijk eveneens te beschouwen of het mogelijk is de doelen van de Staatssecretaris te realiseren zonder dat ProRail in haar huidige vorm dient te worden opgeheven. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan:
- (i) het sluiten van een *Relationship Agreement* tussen ProRail en de Staatssecretaris als penvoerder van de Staat als aandeelhouder. In deze *Relationship Agreement* kunnen onder meer de volgende zaken worden vastgelegd: de vastlegging van de aandeelhoudersrelatie, een opsomming van informatieverplichtingen en de inkleding van de RvC-bevoegdheden;
 - (ii) het beperken van de invloed van de RvC ten faveure van de AvA door de besluiten van de RvB die op dit moment op grond van de Statuten aan goedkeuring van de RvC zijn onderworpen te reduceren tot het wettelijk minimum, al dan niet gecombineerd met het onderwerpen van additionele besluiten van de RvB aan de goedkeuring van de AvA;
 - (iii) het vergroten van de invloed van de AvA door de algemene instructiebevoegdheid van de AvA te vervangen door een specifieke instructiebevoegdheid;
 - (iv) het per wet in formele zin instellen van een parlementair hoorrecht ten aanzien van de voorzitter van de RvB, gelijkend aan het parlementair hoorrecht dat geldt voor de president van DNB;
 - (v) het per wet in formele zin instellen van een commissaris van overheidswege bij ProRail; en
 - (vi) aanpassing van de huidige regeling voor de benoeming van commissarissen met toestemming van de OR, in die zin dat een commissaris zonder voordracht van de

¹⁶ Vgl. de vormgeving van de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De ACM is een zbo zonder rechtspersoonlijkheid. In de Instellingswet ACM is bepaald dat er een ACM is die bestaat uit drie leden (artikelen 2 en 3).

RvC door de AvA benoemd zou kunnen worden;

- (vii) het afschaffen van intern toezicht door de RvC:
- (a) nu ProRail het verzwakt structuurregime vrijwillig toepast, zou ProRail kunnen besluiten het structuurregime niet langer vrijwillig toe te passen;
 - (b) aangezien het structuurregime verplicht is op het niveau van Railinfratrust, zou Railinfratrust een verzoek bij de Minister van Justitie kunnen doen tot ontheffing zoals bedoeld in artikel 2:156 BW van een of meer der artikelen 2:158-164 BW, waaronder van de verplichting om een RvC in te stellen bij ProRail;
 - (c) tot slot bestaat de optie dat in een wet in formele zin wordt opgenomen dat geen structuurregime van toepassing is op Railinfratrust, of dat de instelling van een RvC niet verplicht is.
- (49) Deze zeven mogelijke aanpassingen zullen in paragraaf 10 nader worden toegelicht.

4. WELKE JURIDISCHE RANDVOORWAARDEN GELDEN VOOR PRORAIL?

4.1. Publiekrecht: spoorwegbeheer

4.1.1. Spoorwegwet

- (50) Op grond van de Spoorwegwet draagt de Minister zorg voor de aanleg en het beheer van hoofdspoorweginfrastructuur (artikel 5). De Minister verleent voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur een of meer concessies (artikel 16). Het beheer omvat de zorg voor: (a) de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van die infrastructuur; (b) een eerlijke, niet-discriminerende en transparante verdeling van de capaciteit van die infrastructuur zowel ten behoeve van de beheerder als ten behoeve van spoorwegondernemingen; (c) het leiden van het verkeer over die infrastructuur. De concessiehouder wordt in de Spoorwegwet aangeduid als "de Beheerder".
- (51) In de Spoorwegwet zijn diverse bepalingen opgenomen waaraan de Beheerder moet voldoen en de rol die de Minister hierbij speelt. Zo moeten aan de concessie bepaalde verplichtingen worden verbonden (artikel 17) en moet de Beheerder beschikken over een veiligheidsvergunning (artikel 16) en een indienststellingsvergunning (artikel 8) die door de Minister wordt verleend. Zowel de concessie als vergunning kan worden ingetrokken als de Beheerder niet aan zijn verplichtingen voldoet. Ook kan aan de concessie een malusregeling worden verbonden. Verder is de Beheerder verplicht om de Minister mondeling, schriftelijk of op andere wijze *alle* bij hem berustende gegevens te verstrekken en inzage te geven van boeken en bescheiden die betrekking hebben op het gebruik of beheer van spoorwegen en het vervoer daarover, voor zover Onze Minister dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig heeft (artikel 96).
- (52) Daarnaast beschikt de Beheerder over diverse bevoegdheden op grond van de Spoorwegwet. Zo sluit hij met spoorwegondernemingen toegangsovereenkomsten en kaderovereenkomsten (artikel 57 e.v.) en stelt hij een netverklaring op (artikel 58). Op deze overeenkomsten wordt hierna in paragraaf 4.1.3 nader ingegaan.

- (53) Als ProRail een agentschap of zbo zou worden dan ligt het in de rede dat het huidige systeem van concessieverlening kan en zelfs moet komen te vervallen. Een systeem waarbij de Staatssecretaris aan zichzelf (in het geval van een agentschap) een concessie verleent, is immers moeilijk voorstelbaar. Dat betekent dat een aanzienlijke wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is waarbij de Tweede en Eerste Kamer zullen moeten worden betrokken.
- (54) Bij een dergelijke wijziging van de Spoorwegwet moet bovendien het Europese recht (waarop hierna in paragraaf 4.1.7 wordt ingegaan) in acht worden genomen. De huidige Spoorwegwet is een implementatie van meerdere Europese richtlijnen. Van hetgeen is vastgelegd in deze richtlijnen kan niet worden afgeweken. Uit paragraaf 4.1.7 zal blijken dat dit de mogelijkheden voor de Staatssecretaris beperkt, onder meer vanwege bepaalde onafhankelijkheidseisen die in de richtlijnen worden gesteld aan de diverse betrokken stakeholders.

4.1.2. Beheerconcessie

- (55) Aan ProRail is in 2015 een Beheerconcessie verleend die geldig is tot 1 januari 2025. In de concessie is een groot aantal verplichtingen opgenomen waaraan ProRail moet voldoen. Als ProRail hierin tekort schiet kan dit op grond van de concessie zelf gesanctioneerd worden met een malus (artikel 25 Beheerconcessie). Ook kan de concessie geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken (artikel 18 van de Spoorwegwet).
- (56) Daarnaast is van belang dat in de concessie diverse verantwoordingsmiddelen zijn opgenomen, namelijk een informatieverplichting (artikel 21 Beheerconcessie) en verantwoordingsrapportages (artikel 22 Beheerconcessie). Voor het beheer van de concessie moet bovendien (naast het jaarlijkse beheerplan en de mogelijkheid tot audits, evaluaties en benchmarks) op grond van de concessie door de concessieverlener samen met ProRail een beheerprotocol worden opgesteld, waarin in ieder geval de volgende onderwerpen worden behandeld: (a) specifieke afspraken over de benodigde informatie ten behoeve van het concessiebeheer; (b) de wijze en frequentie van overleg en afstemming tussen ProRail en de concessieverlener; (c) concretisering en nadere afspraken ten aanzien van escalatie, het dagelijkse concessiebeheer en de gewenste houding en gedrag van partijen; (d) specifieke afspraken ten aanzien van beleidsmonitoring en het aanleveren van informatie hieromtrent door ProRail aan de concessieverlener; en (e) de wijze van verantwoording (artikel 23 Beheerconcessie).
- (57) Als deze concessie naast het voornemen van de Staatssecretaris wordt gelegd, valt op dat de concessie recent is verleend en nog doorloopt. In dit verband wordt ook gewezen op de in de concessie (artikel 26) opgenomen midterm review in 2019. In deze review wordt de doelmatigheid van de uitvoering van de concessie beoordeeld. Voorstelbaar is dat, als de uitkomsten van de review negatief zouden zijn, dit aanleiding zou kunnen vormen voor de Staatssecretaris om de vraag te stellen of een alternatief voor het concessiesysteem – bijvoorbeeld een publieke organisatievorm – (met ingang van 2025) wenselijk zou kunnen zijn.
- (58) Het voornemen van de Staatssecretaris om ProRail op korte termijn binnen het publieke domein te brengen, doet de vraag rijzen in hoeverre de concessie kan worden beëindigd. Intrekking is immers slechts mogelijk als sprake van niet-naleving (artikel 18 Spoorwegwet). Een wetswijziging waarbij het concessie mogelijk wordt vervangen voor een publiekrechtelijk alternatief lijkt daarom nodig. Vanuit een oogpunt van zorgvuldig

bestuur is in dat geval ook de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders erop mochten en mogen vertrouwen dat de concessieverlener uitvoering geeft aan haar concessieverlening en niet tussentijds overgaat tot een stelselwijziging.

4.1.3. Toegangs- en capaciteitsovereenkomsten

- (59) Op grond van de Spoorwegwet (artikel 59) sluit de Beheerder toegangsovereenkomsten met spoorwegondernemingen over het gebruik van hoofdspoorweginfrastructuur. In deze overeenkomsten is onder meer een gebruiksvergoeding opgenomen (zie hierna in paragraaf 4.1.4).
- (60) Spoorwegondernemingen die geen toegang hebben tot de hoofdinfrastructuur (artikel 27 lid 2 Spoorwegwet) kunnen met ProRail een capaciteitsovereenkomst sluiten die geldt als een toegangsovereenkomst zoals bedoeld in de Spoorwegwet (artikel 2.4 van de modelcapaciteitsovereenkomst).
- (61) In de toegangsovereenkomst wordt capaciteit verdeeld voor maximaal de duur van een dienstregelingsperiode (artikel 59 Spoorwegwet). Een kaderovereenkomst ziet op een termijn van meer dan één dienstregelingsperiode (artikel 60 Spoorwegwet).¹⁷
- (62) Voor zowel spoorwegondernemingen als ProRail is het van groot belang om te weten wat de capaciteit is op het spoor en hoe deze benut zal worden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat op dit moment de ontwerp-Netverklaring 2018 al beschikbaar is.
- (63) De toegangs- en capaciteitsovereenkomsten die ProRail met spoorwegondernemingen sluit zijn privaatrechtelijke overeenkomsten. De overeenkomsten worden aangegaan voor de duur van één jaar en de Beheerder kan deze uitsluitend beëindigen met inachtneming van het daaromtrent bepaalde in de Algemene Voorwaarden Toegangsovereenkomst 2016 van ProRail. Het geheel of gedeeltelijk verliezen van de concessie is een van de 'onverwijld' beëindigingsmogelijkheden (artikel 26 lid 1). Daarnaast is beëindiging mogelijk met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden bij een "*dwingende verandering in de relevante Regelgeving, waarvan de gevolgen niet konden worden voorzien, die de verplichtingen van Beheerder aantast en die Beheerder verhindert om zijn verplichtingen uit te voeren*" (artikel 26 lid 2 sub a).
- (64) Omdat sprake is van privaatrechtelijke overeenkomsten, bevindt ProRail zich op dit moment in een positie die gelijkwaardig is aan die van de spoorwegondernemingen. Mocht ProRail een agentschap of zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid worden, dan ligt het in de rede dat ProRail (al dan niet namens de Minister) – eenzijdige - besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") gaat nemen in plaats van dat de Staat overeenkomsten zal sluiten met de spoorwegondernemingen, tenzij dit in strijd zou zijn met de Europese richtlijnen (waarop in paragraaf 4.1.7 wordt ingegaan).¹⁸ De Staatssecretaris wil ProRail immers in het publieke domein brengen, omdat ProRail een publieke taak zou uitvoeren. Vanuit Nederlands recht bezien kan dan geredeneerd worden dat een beslissing van een

¹⁷ In de Netverklaring 2017 valt te lezen dat kaderovereenkomsten voor zover ziende op capaciteiten vanaf 11 december 2017 door ProRail niet worden aangeboden.

¹⁸ In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Spoorwegwet (waarin een zelfstandig bestuursorgaan zou worden opgericht) was dit ook het uitgangspunt. Pas met de 4^e NvW (waarin alsnog gekozen werd de privaatrechtelijke rechtsvorm te handhaven) werd de toegangsovereenkomst in de wet geïmplementeerd.

bestuursorgaan over het al dan niet verlenen van toegang tot het spoor rechtsgevolg heeft en daarom een besluit is en geen overeenkomst. In paragraaf 2.3 is stilgestaan bij de achtergrond van een horizontale verhouding tussen ProRail en de spoorwegondernemingen. Het verlenen van eenzijdige besluiten zou dan ook een aanzienlijke wijziging zijn ten opzichte van de huidige situatie waarin overeenkomsten worden gesloten. Het zou bijvoorbeeld in beginsel tot gevolg hebben dat de spoorwegondernemingen tegen een dergelijk besluit zich tot de bestuursrechter in plaats van de civiele rechter moeten wenden. Dat kan alleen worden voorkomen wanneer in een wet in formele zin expliciet het beroep op de bestuursrechter wordt uitgesloten. Dat zou echter een afwijking van het systeem van de Awb betekenen die bijzondere motivering behoeft.

- (65) Daarnaast is van belang dat in de overeenkomsten wederzijdse afspraken worden gemaakt. Als voorbeeld kunnen artikelen 18 en 19 uit de Algemene Voorwaarden Toegangsovereenkomst 2016 worden genoemd, waarin de aansprakelijkheid over en weer is geregeld. Een dergelijk systeem waarin wederzijdse (deels privaatrechtelijke) verplichtingen zijn opgenomen, is met ProRail als overheidsorganisatie niet goed denkbaar althans dit zal goed moeten worden doordacht. Als het sluiten van een overeenkomst (naast een besluit) noodzakelijk blijft dan komt de vraag op of niet een complexere situatie wordt gecreëerd dan thans het geval is.

4.1.4. Gebruiksvergoedingen

- (66) Op grond van de hiervoor genoemde toegangsovereenkomsten zijn spoorwegondernemingen aan ProRail een gebruiksvergoeding verschuldigd. De wettelijke grondslag voor deze vergoeding ligt in de artikelen 62 en 63 van de Spoorwegwet en artikel 31 van de Richtlijn 2012/34/EU. De vergoedingen moeten door ProRail worden aangewend "*om zijn onderneming van middelen te voorzien*" (artikel 63 Spoorwegwet). De beheerder stelt een toerekeningsmethode vast. De methode behoeft de goedkeuring van de ACM.
- (67) Op de Europeesrechtelijke aspecten van deze heffing en de verhouding tussen ProRail en ACM wordt in paragraaf 4.1.7 nog nader ingegaan. Vanuit nationaal recht bezien is in aanvulling daarop van belang dat het in de rede ligt dat als de gebruiksvergoedingen door de Minister (agentschap) of een zbo gaan worden opgelegd, sprake is van een heffing waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

4.1.5. Subsidie

- (68) Naast de gebruiksvergoeding ontvangt ProRail ook jaarlijks een subsidie (artikel 17 van de concessie). De wettelijke grondslag voor deze subsidie is het Besluit Infrastructuurfonds. Op deze subsidieverlening is de Awb van toepassing. Dat betekent dat aan de subsidiebesluiten verplichtingen kunnen worden verbonden (artikel 4:37 e.v. Awb). Als ProRail deze verplichtingen schendt, kan de Staatssecretaris de subsidie lager of zelfs op nihil stellen (artikel 4:46-4:49 Awb).¹⁹
- (69) Net als het geval is met de concessie, geldt ook hier dat het niet in de rede ligt om de huidige subsidierelatie voort te zetten door een subsidie aan zichzelf te verlenen (hetgeen het geval zou zijn als gekozen zou worden voor een agentschap of zbo zonder rechtspersoonlijkheid). In dat geval zou een alternatief moeten worden gezocht voor de subsidieverlening aan ProRail alsmede de daaruit voortvloeiende sturings- en

¹⁹ In dit verband wordt volledigheidshalve ook gewezen op artikel 4:51 Awb.

controle mogelijkheden.

4.1.6. LTSa

- (70) In de LTSa2 worden de aandachtspunten uit het heden en de toekomstige ontwikkelingen in de spoorsector met elkaar verbonden voor de periode tot en met 2028. In de LTSa2 wordt onder meer de verhouding tussen Rijk (de Staat), beheerder en spoorwegondernemingen beschreven. In paragraaf 6.4 van de LTSa2 wordt meer in het bijzonder ingegaan op de vraag of een wijziging in de ordening zou bijdragen aan de doelstellingen om te komen tot betere samenwerking en prestaties. Daarbij is in het bijzonder gekeken naar de mogelijkheid om ProRail als agentschap binnen I&M positioneren (Functionele integratie):

"Kenmerkend voor positionering van ProRail als agentschap binnen IenM is dat ProRail daarmee onder volledige verantwoordelijkheid van het ministerie komt en onderdeel wordt van de rijksdienst. Het publieke karakter van ProRail wordt versterkt, al dan niet rechtstreeks verbonden met RWS. Het spanningsveld is hier vooral dat de afstand tussen de vervoerders en ProRail wordt vergroot. Dit bevordert de operationele samenwerking niet. En juist dit is de kern van de probleemanalyse. Anders dan in het wegbeheer van RWS is de verwevenheid tussen de infrabeheerder en de gebruikers op het spoor groot. En juist die samenwerking tussen partijen op het spoor moet verbeteren om tot verbeteringen te komen. Daarnaast vraagt overgang naar een agentschap om het wijzigen van de positie van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) en ACM, vanwege de (in Europese regels vereiste) onafhankelijkheid van het toezicht. Een afsplitsing van verkeersleiding en capaciteitsverdeling ligt voor de hand, maar leidt weer tot nieuwe problemen in de afstemming met vervoerders en past niet binnen de voorstellen van de Europese Commissie voor het 4e spoorpakket. CRT en KG ondersteunen de analyse van het kabinet dat de nadelen van deze optie aanzienlijk zijn.

Keuze kabinet

Gelet op de grote winst die te behalen is met een betere sturing en samenwerking en de nadelen die aan een verandering van de ordening kleven, kiest het kabinet voor een scherpere sturing en niet voor wijzigingen in de ordening. Met de voorgestelde ingrepen in de sturing wordt een substantiële verbetering in de prestaties bewerkstelligd. Door ProRail en NS meer op dezelfde doelen aan te sturen en samenwerkingstafels met alle OV-partijen op te richten, zal de samenwerking sterk verbeteren en kunnen impasses voorkomen worden. Daarmee worden de weeffouten van de al te strikte scheiding uit het verleden hersteld. Met scherpere aansturing van ProRail in de beheerconcessie, de financieringsrelatie en het aandeelhouderschap wordt ProRail feitelijk al een meer publieke uitvoeringsorganisatie zonder dat daar een organisatorische verandering voor nodig is.

Het kabinet heeft een analyse gemaakt of aanpassingen in de ordening bijdragen aan effectievere sturing. Het onderbrengen van ProRail en NS in één holding kan bijdragen aan betere onderlinge samenwerking. En het omvormen van ProRail tot een agentschap versterkt het publieke karakter. Maar beide modellen verstoren de belangrijkste opgave om tot betere prestaties te komen: een betere samenwerking tussen alle partijen om zo het spoor te verbeteren. Bovendien zijn aan beide wijzigingen risico's en inhoudelijke nadelen verbonden:

- Bij het onderbrengen van ProRail en NS in één holding, kan de positie van andere vervoerders geschaad worden. Bij het omvormen van ProRail tot agentschap wordt de afstand tussen ProRail en de vervoerders vergroot, wat de samenwerking schaadt en de prestaties negatief zal beïnvloeden. Dit is een duidelijk verschil met het wegbeheer van RWS waar de wegbeheerder en gebruikers minder van elkaar afhankelijk zijn.*

- *Bovendien leidt het transitieproces dat hoort bij het doorvoeren van dergelijke ingrijpende wijzigingen in de ordening op korte termijn af van de realisatie van inhoudelijke doelen.*

- *Zowel in het holdingmodel ProRail/NS als bij agentschapvorming van ProRail zullen cultuurverschillen en de historie tussen de verschillende partijen een soepele transitie in de weg staan.*

- *Er kan grote onrust ontstaan onder het personeel (van ProRail en/of NS) door de onzekerheid die zo'n wijziging oplevert hetgeen de prestaties buiten zeker op de korte termijn onder druk zal zetten en afleidt van de zo noodzakelijke betere samenwerking tussen alle partijen op het spoor en met name tussen ProRail en NS."*

(71) Het voornemen van de Staatssecretaris is dan ook in strijd met dit (relatief recente en nog vigerende) beleid. Uiteraard is het mogelijk om (gemotiveerd) het beleid te wijzigen, maar over het algemeen wordt – zeker als sprake is van recent beleid – ook het concept van de "betrouwbare overheid" van belang geacht. Vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur is de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders erop mochten en mogen vertrouwen dat de Staatssecretaris uitvoering zou geven aan de LTSa2 en niet tussentijds zou overgaan tot een grote stelselwijziging.

(72) In de Rijksbegroting voor 2017 voor Infrastructuur en Milieu is als beleidsvoornemen opgenomen dat nu de implementatie van de LTSa2 in volle gang is, I&M en de OV-partners (overheden, spoorwegondernemingen en infrabeheer) het Programma Toekomstbeeld OV zijn gestart om naar het OV voor de langere termijn (2040) te kijken. In 2017 zal worden gekomen met een gezamenlijk Toekomstbeeld en een ontwikkelagenda.²⁰ De eventuele omvorming van ProRail tot een publieke organisatievorm lijkt geen onderdeel van dit Programma te zijn, maar separaat daarvan te worden onderzocht.

4.1.7. Europese richtlijnen²¹

(73) Het Europeesrechtelijke kader gaat uit van een viertal van elkaar te onderscheiden entiteiten die betrokken zijn bij het spoorvervoer, namelijk:

- De '*spoorwegonderneming*'. Dit is "*iedere publiek- of privaatrechtelijke onderneming die in het bezit is van een vergunning overeenkomstig deze richtlijn en waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het verlenen van spoorwegvervoersdiensten voor goederen en/of voor passagiers, waarbij die onderneming voor de tractie zorgt; hiertoe behoren ook ondernemingen die uitsluitend voor tractie zorgen*" (artikel 3 van Richtlijn 2012/34/EU).

Op dit moment zijn er op het Nederlandse spoor ca. 40 spoorwegondernemingen, waarvan de NS de grootste is.

- De '*infrastructuurbeheerder*'. Dit is "*een instantie of onderneming die met name belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van spoorweginfrastructuur,*

²⁰ Kamerstukken II, 2016/17, 34550, XII, nr. 1, p. 71

²¹ Het Verdrag betreffende het internationale spoorvervoer (COTIF) en haar aanhangsels zijn (vooralsnog) niet in dit advies betrokken. Dit doet er niet aan af dat als de Spoorwegwet gewijzigd zou worden dit verdrag in acht zal moeten worden genomen.

met inbegrip van het verkeersbeheer en de besturing en seingeving. De taken van de infrastructuurbeheerder op een net of een deel van een net kunnen aan verschillende instanties of ondernemingen worden toegewezen" (artikel 3 van Richtlijn 2012/34/EU). De infrastructuurbeheerder is verantwoordelijk voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle en neemt hierbij het heffings- en toewijzingskader en de specifieke regels die door de lidstaten zijn opgesteld, in acht (artikel 4 lid 2 van Richtlijn 2012/34/EU).²²

ProRail kwalificeert als infrastructuurbeheerder in de zin van de Richtlijn.

- De 'veiligheidsinstantie' is *"het nationale orgaan dat belast is met de taken betreffende de veiligheid op het spoor overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn, of een binationaal orgaan dat door de lidstaten met deze taken belast is om te zorgen voor een uniforme veiligheidsregeling voor gespecialiseerde grensoverschrijdende infrastructuur"* (artikel 3 onder g van Richtlijn 2004/49/EG).²³

In Nederland is de Minister het orgaan dat de veiligheidsvergunning verleent (artikel 16a Spoorwegwet). ILT is als agentschap van I&M verantwoordelijk voor de uitvoering van deze taak.

- De 'toezichthoudende instantie': *"Elke lidstaat stelt een nationale toezichthoudende instantie in voor de spoorwegsector. Onverminderd lid 2, is deze instantie een afzonderlijke overheidsinstantie die organisatorisch, functioneel, hiërarchisch en wat de besluitvorming betreft, juridisch gescheiden en onafhankelijk is van elke andere publieke of privaatrechtelijke entiteit. Zij is tevens met betrekking tot haar organisatie, financieringsbeslissingen, rechtsvorm en besluitvorming onafhankelijk van de infrastructuurbeheerders, de heffingsinstanties, de capaciteittoewijzende instanties of de aanvragers. Voorts is zij voor haar werking onafhankelijk van alle bevoegde autoriteiten die betrokken zijn bij de gunning van openbaardienstcontracten."* (artikel 55 van Richtlijn 2012/34/EU)

In Nederland is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de toezichthoudende instantie (artikel 70 Spoorwegwet).

- (74) Uit Richtlijn 2004/49/EG en Richtlijn 2012/34/EU volgen diverse eisen waaraan deze vier entiteiten moeten voldoen. Deze zullen hierna worden beschreven, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden geschonken aan de vraag in hoeverre zij onafhankelijk ten opzichte van elkaar moeten zijn.

²² In het Commissievoorstel tot wijziging van richtlijn 2012/34/EU is de volgende definitie opgenomen: *"een instantie of onderneming die verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en de vernieuwing van spoorweginfrastructuur op een net, en voor de deelname aan de ontwikkeling ervan als bepaald door de betrokken lidstaat in het kader van zijn algemeen beleid inzake ontwikkeling en financiering van infrastructuur;"*

²³ Artikel 3 onder 7 bevat de volgende definitie van 'nationale veiligheidsinstantie': *"het nationale orgaan dat belast is met de taken betreffende de veiligheid op het spoor overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn, of een orgaan dat door verschillende lidstaten met deze taken belast is om te zorgen voor een uniforme veiligheidsregeling."*

(A) Richtlijn 2004/49/EG en Richtlijn 2016/798 (de Spoorwegveiligheidsrichtlijnen)

- (75) Doel van de Richtlijn 2004/49/EG is het waarborgen van de ontwikkeling en verbetering van de veiligheid op de communautaire spoorwegen en de verbetering van de markttoegang voor spoorwegvervoerdiensten, onder andere door de verplichte oprichting in iedere lidstaat van een veiligheidsinstantie en een orgaan voor ongevallen- en incidentenonderzoek (artikel 1 van de richtlijn). Met betrekking tot de verhouding tussen de betrokken instanties is de volgende overweging relevant: *"Iedere infrastructuurbeheerder draagt een cruciale verantwoordelijkheid voor het veilige ontwerp, het veilige onderhoud en de veilige exploitatie van zijn spoorwegnet. Parallel aan de veiligheids certificering van spoorwegondernemingen moet de infrastructuurbeheerder worden onderworpen aan een veiligheidsvergunning van de veiligheidsinstantie wat betreft zijn veiligheidsbeheersysteem en andere bepalingen inzake veiligheidsvoorschriften."* (overweging 17).
- (76) Artikel 16 lid 1 van Richtlijn 2004/49/EG luidt als volgt: *"Iedere lidstaat stelt een veiligheidsinstantie in. Deze kan het voor transport bevoegde ministerie zijn en is, wat betreft haar organisatie, wettelijke structuur en besluitvorming onafhankelijk van enige spoorwegonderneming, infrastructuurbeheerder, aanvrager of aanbestedende dienst."*
- (77) Het derde lid bepaalt verder: *"De in lid 2 bedoelde taken mogen niet worden overgedragen of uitbesteed aan een infrastructuurbeheerder, een spoorwegonderneming of een aanbestedende dienst."*
- (78) Op grond van artikel 9 van de richtlijn moeten de infrastructuurbeheerders en spoorwegondernemingen jaarlijks bij de veiligheidsinstantie een veiligheidsrapport indienen. Op grond van artikel 11 moet de infrastructuurbeheerder van de veiligheidsinstantie een veiligheidsvergunning verkrijgen.

Richtlijn 2016/798

- (79) Op 11 mei 2016 is Richtlijn 2016/798 vastgesteld. Deze richtlijn vervangt Richtlijn 2004/49/EG en moet uiterlijk op 16 juni 2019 in Nederland zijn geïmplementeerd. Ook in de nieuwe richtlijn komt de rol van de veiligheidsinstantie als toezichthouder op de infrastructuurbeheerder nadrukkelijk naar voren. Dit blijkt in het bijzonder uit de volgende overwegingen:

"Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de directe verantwoordelijkheid van het Bureau en de nationale veiligheidsinstanties voor de veiligheid die voortvloeit uit de afgifte van veiligheidslicenties en veiligheidsvergunningen, enerzijds, en de taak van de nationale veiligheidsinstanties om een regelgevingskader te bieden en continu toezicht te houden op de prestaties van alle betrokken partijen, anderzijds. Elke nationale veiligheidsinstantie dient erop toe te zien dat de wettelijke verplichting waaraan een spoorwegonderneming of infrastructuurbeheerder moet voldoen om een veiligheidsbeheersysteem op te zetten, permanent wordt nageleefd. Om over deze naleving zekerheid te verwerven zullen wellicht niet alleen inspecties ter plaatse van de spoorwegonderneming en infrastructuurbeheerder nodig zijn, maar zullen ook toezichtstaken bij de nationale veiligheidsinstanties moeten worden verricht om te beoordelen of de spoorwegonderneming en infrastructuurbeheerder naar behoren het veiligheidsbeheersysteem

blijven toepassen nadat het veiligheidscertificaat of een veiligheidsvergunning is verkregen. (...)" (overweging 28)²⁴

"De nationale veiligheidsinstanties moeten inzake organisatie, rechtsvorm en besluitvorming volledig onafhankelijk zijn van de spoorwegondernemingen, infrastructuurbeheerders, aanvragers, aanbestedende diensten en iedere entiteit die overheidsopdrachten plaatst. Zij dienen hun taken op transparante en niet-discriminerende wijze uit te voeren en samen te werken met het Bureau teneinde één Europese spoorwegruimte tot stand te brengen en hun besluitvormingscriteria op elkaar af te stemmen. Indien nodig dient een lidstaat te kunnen beslissen om zijn nationale veiligheidsinstantie binnen het voor vervoer bevoegde nationale ministerie onder te brengen, mits de onafhankelijkheid van de nationale veiligheidsinstantie wordt geëerbiedigd. Om hun taken te kunnen uitvoeren, moeten de nationale veiligheidsinstanties over de vereiste interne en externe organisatorische capaciteit in termen van personele en materiële middelen beschikken." (overweging 35)

- (80) Artikel 16 lid 1 van de nieuwe richtlijn is vergelijkbaar met de huidige regeling en luidt als volgt: "Iedere lidstaat stelt een nationale veiligheidsinstantie in. De lidstaten zien erop toe dat de nationale veiligheidsinstantie over de vereiste interne en externe organisatorische capaciteit in termen van personele en materiële middelen beschikt. Deze is, wat betreft haar organisatie, wettelijke structuur en besluitvorming onafhankelijk van enige spoorwegonderneming, infrastructuurbeheerder, aanvrager, aanbestedende dienst en iedere entiteit die overheidsopdrachten toekent. Mits deze onafhankelijkheid gewaarborgd wordt, kan de betrokken instantie een afdeling zijn binnen het voor transport bevoegde nationale ministerie."
- (81) De toezichtstaak van de veiligheidsinstantie blijkt duidelijk uit artikel 17 lid 1: "Nationale veiligheidsinstanties zien erop toe dat voortdurend wordt voldaan aan de wettelijke verplichting voor een spoorwegonderneming of een infrastructuurbeheerder tot het hanteren van een veiligheidsbeheersysteem als bedoeld in artikel 9."
- (82) De verplichtingen van het opstellen van een jaarverslag (artikel 9) en een veiligheidsvergunning (artikel 12) voor de infrastructuurbeheerder zoals die al bestonden onder Richtlijn 2004/49/EG blijven bestaan onder de nieuwe richtlijn.
- (83) Uit het voorgaande volgt dat de veiligheidsinstantie (ILT) volledig onafhankelijk moet zijn van de infrastructuurbeheerder (ProRail). In hoeverre dit gerealiseerd kan worden als ProRail een agentschap of zbo zou worden komt in de volgende paragrafen aan de orde.

(B) Richtlijn 2012/34/EU (de Spoorrichtlijn)

- (84) Artikel 4 lid 2 van Richtlijn 2012/34/EU bepaalt dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk is "voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle en neemt hierbij het heffings- en toewijzingskader en de specifieke regels die door de lidstaten zijn opgesteld, in acht."
- (85) Dit artikel speelt ook verder in de richtlijn een belangrijke rol. Artikel 29 bepaalt namelijk dat de lidstaten "met inachtneming van de in artikel 4 vastgelegde bestuurlijke

²⁴ Vgl. overweging 32: "De belangrijkste verantwoordelijkheid voor het veilige ontwerp, het veilige onderhoud en de veilige exploitatie van zijn netwerk moet bij de infrastructuurbeheerder berusten. Aan infrastructuurbeheerders moet een veiligheidsvergunning die wordt verleend door de nationale veiligheidsinstantie met betrekking tot hun veiligheidsbeheersysteem worden opgelegd evenals andere bepalingen om te voldoen aan veiligheidsvoorschriften."

onafhankelijkheid" een heffingskader vaststellen. "De infrastructuurbeheerder stelt de rechten voor het gebruik van de infrastructuur vast, en int deze, in overeenstemming met het ingestelde heffingskader en de vastgestelde heffingsvoorschriften."

- (86) Ook artikel 39 bepaalt met betrekking tot de capaciteitstoewijzing dat de lidstaten voor de toewijzing van infrastructuurcapaciteit een kader kunnen vaststellen *"behoudens de voorwaarde van onafhankelijkheid van de beheerder, als bedoeld in artikel 4."* *"Er worden specifieke regels voor de capaciteitstoewijzing vastgesteld. De infrastructuurbeheerder zorgt voor de afwikkeling van de procedures voor capaciteitstoewijzing. Hij draagt er met name zorg voor dat de infrastructuurcapaciteit op een eerlijke, niet-discriminerende wijze en in overeenstemming met het recht van de Unie wordt toegewezen."*
- (87) Hieruit volgt dat onderscheid wordt gemaakt tussen de kaders die door de lidstaat worden vastgesteld en de uitvoering van deze kaders door de infrastructuurbeheerder. De lidstaat moet aan infrastructuurbeheerders prikkels geven *"zoals bonussen voor directeuren, om het niveau van de toegangsrechten en de kosten voor het ter beschikking stellen van infrastructuur te verlagen."*²⁵
- (88) Met betrekking tot de verhouding tussen de lidstaat en infrastructuurbeheerder is ook het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") van 3 oktober 2013 (C-369/11) van belang.²⁶ Hierin was de vraag aan de orde vanaf welk moment kan worden aangenomen dat de infrastructuurbeheerder de vaststelling van het bedrag van de gebruiksrechten onafhankelijk beheert. Het HvJEU oordeelde:

"In dit verband dienen de doelstellingen van richtlijn 2001/14 in herinnering te worden geroepen. Allereerst heeft het door deze richtlijn in het leven geroepen stelsel van heffing van gebruiksrechten immers onder meer tot doel, de beheersmatige onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder te waarborgen. Met andere woorden, deze moet het stelsel van heffing van gebruiksrechten als beleidsinstrument gebruiken. Zo blijkt uit punt 12 van de considerans van deze richtlijn dat het stelsel van heffing van gebruiksrechten en het stelsel van capaciteitstoewijzing de spoorweginfrastructuurbeheerders moeten aanmoedigen het gebruik van de infrastructuur te optimaliseren binnen het door de lidstaten vastgestelde kader. Deze beheerders zouden die optimalisering echter niet met behulp van het stelsel van heffing van gebruiksrechten kunnen verwezenlijken indien hun rol er alleen in zou bestaan, in elk concreet geval het bedrag van het gebruiksrecht te berekenen aan de hand van een vooraf bij ministerieel besluit vastgestelde formule. Die beheerders moeten dus over een zekere speelruimte beschikken bij de vaststelling van het bedrag van de gebruiksrechten (zie arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 44). (...)

Zoals de Italiaanse Republiek aanvoert, verricht de minister dienaangaande inderdaad slechts een wettigheidstoetsing. Volgens het door richtlijn 2001/14 in het leven geroepen stelsel zou een dergelijke wettigheidstoetsing echter tot de bevoegdheid van de toezichhoudende instantie, in casu het URSF, moeten behoren en niet tot die van de minister. Aangezien de beslissing van de minister betreffende de vaststelling van de rechten voor toegang tot de infrastructuur bindend is voor de infrastructuurbeheerder, dient daaruit dus te worden geconcludeerd dat de Italiaanse wettelijke regeling de onafhankelijkheid van laatstgenoemde niet kan waarborgen. Bijgevolg voldoet deze wettelijke regeling op dat punt niet aan de eisen van artikel 4, lid 1, van deze richtlijn. (...)"

²⁵ Overweging 36 van de richtlijn.

²⁶ Arrest Europese Commissie / Italië, C-369/11, EU:C:2013:636.

- (89) Van belang is verder dat volgens het HvJEU de ambtenaren werkzaam bij de Italiaanse toezichthoudende instantie (onderdeel van het ministerie), zich in een 'netelige positie' bevinden: *"Zoals de Commissie terecht betoogt, bevinden de onder het ministerie ressorterende ambtenaren zich inderdaad in een netelige positie, aangezien zij binnen de toezichthoudende instantie werken terwijl zij hiërarchisch onder dit ministerie vallen. Verder voert de Commissie terecht aan dat artikel 30, lid 1, van richtlijn 2001/14 tot doel heeft, de onafhankelijkheid van de toezichthoudende instantie te waarborgen, en dat dit doel voorrang moet krijgen boven de mogelijkheid om deel uit te maken van een ministerie. (...)"*
- (90) Verder volgt uit de richtlijn dat er een scheiding moet zijn tussen de spoorwegonderneming (NS) en de infrastructuurbeheerder (ProRail). Op grond van afdeling 2 van Richtlijn 2012/34/EU moet er een scheiding zijn van het beheer van de infrastructuur en de vervoersactiviteiten en van de verschillende soorten vervoersactiviteiten. Artikel 7 bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen *"dat de essentiële taken die voor eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur bepalend zijn, worden toevertrouwd aan instanties of ondernemingen die zelf geen spoorvervoersdiensten verlenen. Aangetoond moet worden dat deze doelstelling is bereikt, ongeacht de organisatiestructuren. Tot de essentiële taken behoren: (a) besluitvorming inzake treinpadtoewijzing, waaronder zowel de omschrijving als de beoordeling van de beschikbaarheid en de capaciteitstoewijzing voor afzonderlijke treinpaden, en (b) besluitvorming inzake de heffingen van rechten voor het gebruik van de infrastructuur, met inbegrip van de vaststelling en het innen van de rechten, onverminderd artikel 29, lid 1. De lidstaten kunnen de spoorwegondernemingen of elke andere instantie evenwel belasten met de verantwoordelijkheid bij te dragen tot de ontwikkeling van de spoorweginfrastructuur, bijvoorbeeld door middel van investeringen, onderhoud en financiering."*²⁷
- (91) Verder wordt nog gewezen op overweging 8 van richtlijn 2001/12/EG (de voorganger van Richtlijn 2012/34/EU): *"Ter bevordering van het efficiënte beheer van de infrastructuur in het algemeen belang dient aan de infrastructuurbeheerders een positie te worden toegekend, die hen onafhankelijk ten opzichte van de overheid maakt, en dienen zij de vrijheid te hebben hun eigen bedrijfsvoering te kiezen, waarbij de lidstaten de noodzakelijke maatregelen voor de ontwikkeling en het veilig gebruik van de spoorweginfrastructuur dienen te nemen."*
- (92) Ten slotte is van belang dat artikel 28 van de richtlijn bepaalt dat de spoorwegondernemingen die vervoersdiensten per spoor verrichten, de nodige publiek- of privaatrechtelijke overeenkomsten sluiten met de infrastructuurbeheerders van de gebruikte spoorweginfrastructuur. Die overeenkomsten mogen geen discriminerende voorwaarden bevatten en zijn transparant, in overeenstemming met deze richtlijn. Ook in artikel 42 wordt uitgegaan van tussen een infrastructuurbeheerder en een aanvrager gesloten overeenkomst, namelijk een kaderovereenkomst. Het is de vraag in hoeverre het nemen van besluiten in overeenstemming is met het uitgangspunt van de richtlijnen dat overeenkomsten worden gesloten. Een besluit is immers een eenzijdige rechtshandeling van een bestuursorgaan, terwijl een overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling is. Als uit de richtlijn daadwerkelijk volgt dat sprake moet zijn van overeenkomsten dan zou, als gekozen zou

²⁷ Artikel 7 lid 2 bepaalt vervolgens dat indien de infrastructuurbeheerder in juridisch of organisatorisch opzicht of wat de besluitvorming betreft, niet onafhankelijk is van een spoorwegonderneming, de in hoofdstuk IV, afdelingen 2 en 3, bedoelde taken worden verricht door respectievelijk een heffingsinstantie en een toewijzingsinstantie die in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft van iedere spoorwegonderneming onafhankelijk zijn.

worden voor een organisatievorm zonder eigen rechtspersoonlijkheid, de Staat de overeenkomsten sluiten met de spoorwegondernemingen; diezelfde Staat waarvan de infrastructuurbeheerder tot op zekere hoogte onafhankelijk moet zijn. Daar komt nog bij dat als ProRail in het publieke domein zou worden gebracht, het juist in de rede zou liggen om publiekrechtelijke rechtsbescherming op de beslissingen van ProRail mogelijk te maken. Tegen gesloten overeenkomsten staat – omdat geen sprake is van een besluit – echter geen publiekrechtelijke rechtsbescherming open. De vraag of het mogelijk is een oplossing te vinden die past binnen zowel het Europese als Nederlandse rechtssysteem behoeft dan ook nadere doordenking.

(C) Het 4^e spoorwegpakket

- (93) In het kader van het 4^e spoorwegpakket heeft de Europese Commissie een Voorstel tot wijziging van Richtlijn 2012/34/EU gedaan. Het voorstel bevat met name een groot aantal bepalingen over de "verticaal geïntegreerde onderneming". Dit is – kort samengevat – een onderneming waarin tussen de spoorwegonderneming en de infrastructuurbeheerder een zeggenschapsrelatie bestaat.²⁸ In het voorstel wordt gesteld dat een infrastructuurbeheerder en een spoorwegonderneming die volledig onafhankelijk zijn van elkaar, maar beide rechtstreeks, zonder intermediaire entiteit, onder zeggenschap van een lidstaat staan, niet worden geacht een verticaal geïntegreerde onderneming te vormen in de zin van deze richtlijn.²⁹ In de LTSa2 is (ook) ingegaan op de vraag in hoeverre het wenselijk zou zijn om de afstand tussen ProRail en NS te verkleinen door ze (deels) onder één holding te brengen (ketenintegratie). Als het voornemen van de Staatssecretaris betrekking zou hebben gehad op dit ordeningsmodel dan zouden de bepalingen over verticaal geïntegreerde ondernemingen van belang worden. Nu is dat niet het geval.
- (94) Uit het voorstel kan echter ook worden afgeleid hoe de Europese Commissie meer in algemene zin staat ten opzichte van de onafhankelijkheid tussen de lidstaat en de infrastructuurbeheerder. Zo luidt een van de overwegingen dat in dit voorstel verdere voorschriften worden voorgesteld ter waarborging van de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder. Het moet de lidstaten vrij staan te kiezen tussen verschillende organisatiemodellen, gaande van volledige structurele scheiding tot verticale integratie, onder voorbehoud van passende garanties om te zorgen voor de onpartijdigheid van de

²⁸ "verticaal geïntegreerde onderneming": "een onderneming waarin, in de zin van Verordening (EG) nr. 139/2004: een infrastructuurbeheerder onder zeggenschap staat van een onderneming die tegelijk ook één of meer spoorwegondernemingen controleert die spoorwegdiensten exploiteren op het net van de infrastructuurbeheerder; of een infrastructuurbeheerder onder zeggenschap staat van één of meer spoorwegondernemingen die spoorwegdiensten exploiteren op het net van de infrastructuurbeheerder; of één of meer spoorwegondernemingen die spoorwegdiensten op het net van de infrastructuurbeheerder exploiteren, onder zeggenschap van een infrastructuur-beheerder staan. Het is tevens een onderneming die bestaat uit verschillende afdelingen, waaronder een infrastructuurbeheerder en één of meer afdelingen die vervoersdiensten verstrekken maar geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben."

²⁹ Zie ook overweging 11 die als volgt luidt: "Om te bepalen of een onderneming als verticaal geïntegreerd moet worden beschouwd, dient de notie "zeggenschap" in de zin van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad te worden toegepast. Indien een infrastructuurbeheerder en een spoorwegonderneming volledig onafhankelijk zijn van elkaar, maar beide rechtstreeks, zonder intermediaire entiteit, rechtstreeks onder zeggenschap van de staat staan, moeten zij als afzonderlijk worden beschouwd. Een ministerie dat zeggenschap uitoefent over zowel een spoorwegonderneming als een infrastructuurbeheerder, mag niet als een intermediaire entiteit worden beschouwd. Indien een infrastructuurbeheerder en een spoorwegonderneming onafhankelijk van elkaar zijn, maar rechtstreeks onder zeggenschap staan van dezelfde autoriteit van een lidstaat, mag zulks niet worden geacht aanleiding te geven tot een belangenconflict in de zin van deze richtlijn."

infrastructuurbeheerder met betrekking tot de essentiële functies, verkeersbeheer en onderhoudsplanning. De lidstaten moeten er binnen de grenzen van de vastgelegde heffings- en toewijzingskaders voor zorgen dat de infrastructuurbeheerder op het vlak van organisatie en besluitvorming onafhankelijk is wat betreft de essentiële functies." (overweging 8). Deze essentiële functies van het infrastructuurbeheer zijn: "besluitvorming inzake toewijzing van treinpaden, met inbegrip van de vaststelling en de beoordeling van de beschikbaarheid en de toewijzing van individuele treinpaden, en besluitvorming inzake infrastructuurheffingen, met inbegrip van de vaststelling en inning van die heffingen, overeenkomstig het uit hoofde van respectievelijk artikel 29 en artikel 39 door de lidstaten vastgestelde heffingskader en kader voor capaciteitstoewijzing."

(95) Artikel 7 van de gewijzigde richtlijn (Onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder) zou als volgt komen te luiden: "De lidstaten zien erop toe dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en de vernieuwing van een spoornet en wordt belast met de ontwikkeling van de spoorweginfrastructuur op dat net, overeenkomstig de nationale wetgeving. (...) De lidstaten zien erop toe dat de infrastructuurbeheerder een entiteit is die juridisch is gescheiden van welke spoorwegonderneming dan ook en, in verticaal geïntegreerde ondernemingen, van alle andere rechtspersonen binnen de onderneming. (...)"

(96) Uit het voorgaande volgt dat de infrastructuurbeheerder (net als op grond van de huidige richtlijnen) onafhankelijk moet zijn ten opzichte van de overheid die kaderstellend moet zijn.

4.1.8. Tussenconclusie

(97) Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat op grond van de Europese richtlijnen de infrastructuurbeheerder zowel een "instantie" als een "onderneming" kan zijn. Het vormgeven van ProRail als publiekrechtelijke instantie is dan ook niet uitgesloten. Van belang is echter wel dat voldaan moet worden aan de voorwaarden die de richtlijnen stellen aan de 'onafhankelijkheid' van ProRail ten opzichte van zowel de spoorwegonderneming, de veiligheidsinstantie³⁰ en de lidstaat c.q. het verantwoordelijke ministerie.³¹ Daarnaast moet de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk zijn voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle. Zeker bij een agentschap, maar ook bij een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid, is de vraag gerechtvaardigd hoe de veiligheidsinstantie (ILT) volledig onafhankelijk kan zijn van de infrastructuurbeheerder (ProRail) als beide onderdeel zijn van de Staat (I&M). Dit zou wellicht mogelijk zijn door een groot aantal concrete waarborgen in de Spoorwegwet in te bouwen, maar daarmee wordt afbreuk gedaan aan de algemene regels die gelden voor agentschappen en zbo's (die in de volgende paragraaf worden beschreven).

(98) Ook is van belang dat in de richtlijnen wordt gesproken over "overeenkomsten" die de infrastructuurbeheerder moet sluiten met de spoorwegondernemingen. Mocht ProRail een agentschap of zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid worden, dan ligt het op grond van het

³⁰ Op grond van Richtlijn 2004/49/EG en haar opvolger moet de veiligheidsinstantie (ILT) volledig onafhankelijk zijn van de infrastructuurbeheerder (ProRail).

³¹ Op grond van Richtlijn 2012/34/EU moet de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk zijn "voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle en neemt hierbij het heffings- en toewijzingskader en de specifieke regels die door de lidstaten zijn opgesteld, in acht."

Nederlandse rechtssysteem echter in de rede dat ProRail (al dan niet namens de Minister) – eenzijdige – besluiten in de zin van de Awb gaat nemen in plaats van dat de Staat overeenkomsten zal sluiten met de spoorwegondernemingen. De Staatssecretaris wil ProRail immers in het publieke domein brengen, omdat ProRail een publieke taak zou uitvoeren. Een beslissing omtrent het dan niet verlenen van toegang tot het spoor krijgt dan een publiekrechtelijke rechtsgevolg en kwalificeert daarom als een besluit en niet als een overeenkomst. Tegen besluiten staat rechtsbescherming open bij de bestuursrechter. De verhouding tussen ProRail en de vervoerders zou daarmee verticaal in plaats van horizontaal worden. Als uit de richtlijn daadwerkelijk volgt dat sprake moet zijn van overeenkomsten dan zou dit in de Spoorwegwet en Awb moeten worden neergelegd. Ook speelt hier dat als gekozen zou worden voor een organisatievorm zonder eigen rechtspersoonlijkheid, de Staat de overeenkomsten sluiten met de spoorwegondernemingen; diezelfde Staat waarvan de infrastructuurbeheerder tot op zekere hoogte onafhankelijk moet zijn.

- (99) Al met al komt uit de Europese richtlijnen het beeld naar voren dat deze primair geschreven zijn voor ondernemingen en niet voor een publiekrechtelijke entiteit. In 2001 (in de 4^e NvW) werd gewezen op het feit dat het capaciteitsverdelingsproces zoals neergelegd in de Europese richtlijnen wordt gekenmerkt door de gelijkwaardigheid van partijen: "het ademt de geest van een overlegprocedure waarin partijen er met elkaar uit moeten komen" en "Letter en geest van deze nieuwe richtlijnen corresponderen goed met de bestaande situatie, waarin de taakorganisaties vennootschappen zijn." De conclusie uit 2001 dat de Europese regels minder goed lijken te passen bij een zelfstandig bestuursorgaan en dat de bestaande positie van vennootschappen in staatseigendom qua vorm passender is, lijkt nog onverkort – zo niet sterker – te gelden.
- (100) Naast het Europese recht is in deze paragraaf ook het huidige Nederlandse recht beschreven. De huidige Spoorwegwet is volledig toegesneden op een privaatrechtelijke infrastructuurbeheerder. Vanuit dat uitgangspunt is immers gekozen voor een concessiestelsel met subsidieverstrekking. Als ProRail een agentschap zou worden dan ligt het in de rede dat het systeem van concessie- en subsidieverlening kan en zelfs moet komen te vervallen. Een systeem waarbij de Staatssecretaris aan zichzelf een concessie verleent, is immers moeilijk voorstelbaar. Ook als gekozen zou worden voor een zbo lijkt een stelselwijziging nodig, omdat het doel van de Staatssecretaris is om meer toezicht te kunnen houden en sturing te kunnen geven door de infrastructuurbeheerder binnen het publieke domein te brengen en daarvoor andere sturingsinstrumenten – namelijk de instrumenten neergelegd in de (in de volgende paragraaf beschreven) Kaderwet zbo's – geschikter zijn dan een concessiesysteem.
- (101) Dat betekent dat een aanzienlijke wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is waarbij de Tweede en Eerste Kamer zullen moeten worden betrokken. Een dergelijke wetswijziging moet zorgvuldig worden voorbereid. Hiermee zal tijd zijn gemoeid. Een wetswijziging brengt rechtsonzekerheid voor de betrokken stakeholders (naast ProRail ook de vervoerders en het personeel) met zich, omdat gedurende enige tijd onduidelijk zal zijn wat de gevolgen van de wetwijziging zullen zijn. Tijdverloop en rechtsonzekerheid zullen leiden tot (extra) transitiekosten. Deze transitiekosten zullen bij het besluitvormingsproces moeten worden betrokken. Een en ander wordt nog versterkt doordat ook afgeweken zou worden van pas recent gemaakte duidelijke beleidskeuzen ten aanzien van de – privaatrechtelijke – organisatievorm van ProRail.

4.2. Publiekrecht: agentschap of zbo?

- (102) Voor de vraag wanneer de instelling van een agentschap of zbo de meest geëigende vorm is, is ook relevant om te kijken naar de wet- en regelgeving en beleid met betrekking tot het oprichten van deze entiteiten. Hierna zal achtereenvolgens worden ingegaan op de Kaderwet zbo's, de Comptabiliteitswet en het relevante beleid, waaronder het Kabinetsbeleid over zbo's.

4.2.1. Kaderwet zbo's

- (103) De Kaderwet zbo's is op 1 februari 2007 in werking getreden. In de memorie van toelichting bij de Kaderwet zbo's³² wordt ingegaan op de achtergrond en doelstellingen van de wet. Beschreven wordt hoe een ondoorzichtige structuur was ontstaan van onderling afwijkende arrangementen voor zelfstandige bestuursorganen waardoor de democratische controle in het gedrang dreigde te raken:

"De grote variatie in het organisatierecht voor zelfstandige bestuursorganen heeft geleid tot ondoorzichtigheid van dit recht, onnodige verschillen en mogelijk onbedoelde leemten in de regelgeving ten aanzien van zelfstandige bestuursorganen. Op een specifiek punt, te weten het ministerieel toezichtsregime, wringt dit met name omdat zelfstandig bestuur zich kenmerkt door beperking van de bevoegdheden van ministers ten opzichte van de zelfstandige bestuursorganen en daarmee een beperking van de mogelijkheid tot parlementaire controle. Ondoorzichtige regelingen ten aanzien van de positie en bevoegdheden van ministers belemmeren een goede democratische controle op het functioneren van het openbaar bestuur, voor zo ver dat door deze instanties wordt bestierd. Hetzelfde geldt overigens voor ondoorzichtige en steeds weer verschillende regels met betrekking tot bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen of hun organisatorische vormgeving, bijvoorbeeld bij de benoeming van leden, de regeling van de rechtspositie van personeel dat verbonden is aan deze zelfstandige bestuursorganen of de wijze waarop door een zelfstandig bestuursorgaan een begroting of jaarverslag moet worden opgesteld. Zelfstandige bestuursorganen dienen te functioneren binnen een bestuurlijk stelsel dat zo is ingericht dat de politieke besluitvorming over de taken van het zelfstandig bestuursorgaan daadwerkelijk ten uitvoer wordt gebracht en dat daarop steeds politiek toezicht mogelijk blijft.

Uit deze probleemstelling vloeien vier doelstellingen voort die ten grondslag liggen aan de Kaderwet. Deze kunnen worden samengevat onder de noemers harmonisatie van het organisatierecht voor zelfstandige bestuursorganen en regeling van het primaat van de politiek. Hierbij wordt benadrukt dat zelfstandig bestuur op zich en de diversiteit aan organen die hiertoe bevoegdheden hebben, niet in hun essentie worden aangetast.

In de eerste plaats wordt met de Kaderwet beoogd, enige ordening aan te brengen in de tot nu toe bestaande situatie, waarin voor iedere zelfstandige bestuursorganisatie een geheel eigen organisatieregeling geldt. Zo is bijvoorbeeld een algemene regeling getroffen voor de benoeming en het ontslag van bestuurders (hierna steeds aangeduid als leden) van publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen. Voorts worden regels gegeven met betrekking tot hun bezoldiging en nevenfuncties, terwijl ook een standaardregeling voor de rechtspositie van personeel verbonden aan bepaalde zelfstandige bestuursorganen wordt gegeven.

In de tweede plaats heeft de Kaderwet een heldere regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen ten doel.

³² Kamerstukken II, 2000/01, 27426, nr. 3.

Hierdoor wordt de democratische controle op zelfstandige bestuursorganen inzichtelijk geregeld. In de Kaderwet worden de meest gebruikelijke instrumenten voor toezicht op en sturing (van het beleid en van het beheer) van zelfstandige bestuursorganen neergelegd. Zij zullen vaak allemaal van toepassing zijn, soms zullen zij slechts gedeeltelijk van toepassing hoeven te zijn. De bijzondere wetgever kan in een bepaald geval enkele instrumenten van de Kaderwet niet van toepassing laten zijn op een zelfstandig bestuursorgaan. Daarmee beperkt het parlement wel de ministeriële verantwoordelijkheid en vervolgens dus ook de eigen mogelijkheid om de minister op dat punt over het zelfstandig bestuursorgaan ter verantwoording te roepen. Doordat de wetgever zich evenwel steeds expliciet moet uitspreken, bestaat hierover nadien wèl absolute duidelijkheid voor alle partijen. Daarnaast zal soms de bijzondere wetgever een ander instrument dan geregeld in de Kaderwet willen gebruiken.

In de derde plaats beoogt de Kaderwet meer helderheid te scheppen met betrekking tot de financiële controle op zelfstandige bestuursorganen. Hoofdstuk 4 van het wetsvoorstel bevat een aantal bepalingen rond begrotingen en verantwoordingsdocumenten, die zelfstandige bestuursorganen moeten produceren. Daardoor wordt een basale harmonisatie en onderlinge afstemming van de financiële toezichtregels van alle (zelfstandige) bestuursorganen mogelijk. De opgenomen bepalingen zijn in belangrijke mate ontleend aan de bepalingen uit de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht.

In de vierde plaats beoogt de Kaderwet vergroting van het publieke inzicht te bewerkstelligen in zowel het vóórkomen als het functioneren van zelfstandige bestuursorganen. Het inrichten van een register waarin alle bestaande zelfstandige bestuursorganen zullen zijn opgenomen en het vijfjaarlijks evalueren van het functioneren van zelfstandige bestuursorganen, individueel dan wel als onderling samenhangende groep, draagt aan het bereiken van deze doelstelling bij."

- (104) De Kaderwet beoogt dus de eenheid van de vormgeving van zbo's te bevorderen. Als ProRail een zbo zou worden dan ligt het dus voor de hand om de Kaderwet op ProRail van toepassing te laten zijn en zo min mogelijk uitzonderingen op de wet te maken.
- (105) Op grond van de Kaderwet zbo's (artikel 3) kan een zbo uitsluitend worden ingesteld indien: (a) er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid; (b) er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen; (c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht. In een wetsvoorstel waarbij de taken van ProRail in het publieke domein zouden worden gebracht, zal moeten worden gemotiveerd dat hier sprake is. In de specifieke deskundigheid van ProRail kan een dergelijke motivering worden gevonden.
- (106) In artikel 4 van de Kaderwet is als uitgangspunt opgenomen dat met openbaar gezag alleen wordt bekleed een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld. Het tweede lid bepaalt echter dat in afwijking hiervan ook een privaatrechtelijke zbo met openbaar gezag kan worden bekleed, mits (a) dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en (b) er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden.
- (107) Hoofdstuk 3 van de Kaderwet zbo's bevat bepalingen over informatievoorziening, sturing en toezicht. Zo moet een zbo desgevraagd aan de Minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen verstrekken (artikel 20), kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zbo (artikel 21) en kan de

Minister besluiten van een zbo vernietigen (artikel 22).

- (108) Ten slotte is van belang dat de Kaderwet zbo's alleen van toepassing is als een zbo met "openbaar gezag" is bekleed (artikel 2).³³ Openbaar gezag houdt in dat beschikt wordt over de publiekrechtelijke bevoegdheid om de rechtspositie te bepalen van andere rechtssubjecten. Op dit moment wordt ProRail niet aangemerkt als een vennootschap die openbaar gezag uitoefent. Daarom kwalificeert ProRail op dit moment niet als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Het is ons niet bekend hoe dit vormgegeven zou worden als ProRail een publiekrechtelijke organisatie zou worden. Als de Staatssecretaris de sturingsmogelijkheden op ProRail wil vergroten door de Kaderwet zbo van toepassing te laten zijn dan zou dit een aanzienlijke wijziging zijn ten opzichte van de huidige situatie. Van een situatie waarbij ProRail 'slechts' in mandaat (namens de minister) beslissingen neemt en civielrechtelijke overeenkomsten sluit op grond waarvan toegang tot het spoor verleend wordt, ontstaat een situatie waarbij ProRail openbaar gezag gaat uitoefenen. Mocht het niet de bedoeling van de Staatssecretaris zijn om aan ProRail openbaar gezag toe te kennen dan zou (een deel van de bepalingen van) de Kaderwet zbo's van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard. In dat geval wordt echter wel een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt van het Kabinet (waarover hierna meer) om alle zbo's zo veel mogelijk te uniformeren.

4.2.2. Comptabiliteitswet

- (109) Een agentschap is een onderdeel van een ministerie. Daarom moet worden voldaan aan de Comptabiliteitswet. Deze wet bevat onder meer regels omtrent de begroting en de bedrijfsvoering. Daarnaast bevat de Regeling agentschappen ("Regeling") bepalingen over de governance van agentschappen. In de Regeling is een aantal instellingvoorwaarden opgenomen. Ook bevat de Regeling bepalingen over het resultaatgericht sturingsmodel (artikel 9): een agentschap heeft een sturingsmodel waarin drie rollen worden onderscheiden, te weten die van eigenaar³⁴, opdrachtgever³⁵ en opdrachtnemer³⁶, en deze rollen worden niet functioneel gecombineerd. Als gekozen zou worden voor een agentschap dan moeten deze regels uit deze wet en de regeling in beginsel in acht worden genomen.
- (110) Volledigheidshalve wijzen wij erop dat de Algemene Rekenkamer op dit moment al beschikt over diverse controlebevoegdheden ten aanzien van ProRail, omdat het een besloten vennootschappen is waarvan de Staat het gehele of nagenoeg het gehele geplaatste aandelenkapitaal houdt (artikel 91 Comptabiliteitswet).
- (111) Ten slotte is van belang dat een wetsvoorstel voor een nieuwe comptabiliteitswet (de Comptabiliteitswet 2016) bij de Tweede Kamer ligt. *"Het wetsvoorstel heeft allereerst een moderne structuur van de Comptabiliteitswet ten doel. (...) Verder heeft de Comptabiliteitswet een heldere regeling van de financiële verantwoordelijkheden van de*

³³ Uit het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's blijkt dat er op 30 december 2012 118 zbo's waren waarvan slechts 5 zonder openbaar gezag, namelijk Koninklijke Bibliotheek en KNAW (beide OCW); BBL, TNO en SBB (alle EZ).

³⁴ Eigenaar is gedefinieerd als: *"De binnen het betrokken ministerie aangewezen verantwoordelijke voor het toezicht op het beleid van de opdrachtnemer en op de algemene gang van zaken in het agentschap."*

³⁵ Opdrachtgever is gedefinieerd als *"Degene binnen een ministerie die het agentschap opdracht geeft tot het leveren van producten of diensten en daarvoor een bijdrage toekent."*

³⁶ Opdrachtnemer is gedefinieerd als *"De eindverantwoordelijke binnen het agentschap."*

*Ministers voor het beheer, de bedrijfsvoering en het beleid ten doel.*³⁷

4.2.3. Beleid en overige regelgeving

(A) Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's

- (112) In het Regeerakkoord "Bruggen slaan" heeft het kabinet opgenomen nader te willen kijken naar de positionering van zbo's. In de daaropvolgende Kamerbrief met het kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's d.d. 13 mei 2014³⁸ is vastgelegd dat niet alleen de bedrijfsvoering van zbo's tegen het licht wordt gehouden, maar ook gekeken wordt of de zbo-vorm de meest geëigende vorm is. Uitgangspunt daarbij is dat (i) publieke taken worden uitbesteed of uitgevoerd binnen het publieke domein, (ii) als binnen het publieke domein, dan "agentschap, tenzij", en (iii) als het toch een zbo moet zijn, dan een publiekrechtelijk zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid.
- (113) Een van de doelen van het zbo-beleid is, aldus het kabinetsstandpunt, transparante verantwoordelijkheden en bevoegdheden voor de uitvoering van publieke taken. Dit wordt bereikt door: (a) zo weinig mogelijk zbo's (publieke taken van de centrale overheid worden zoveel mogelijk onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgevoerd); en (b) standaardisatie van de bevoegdheden van de vakminister (als toch een taak bij een zbo moet worden belegd, dan geldt tenminste de bevoegdhedenverdeling tussen vakminister en zbo zoals in de Kaderwet zbo's is vastgelegd, tenzij de wetgever zelf hierop uitzonderingen maakt).
- (114) Bij brief d.d. 11 mei 2015 is de Circulaire 'Governance ten aanzien van zbo's' aan de Tweede Kamer toegezonden.³⁹ Hierin wordt voorop gesteld dat zbo's zelfstandige taken en bevoegdheden hebben die door de wetgever direct aan hen zijn toebedeeld. *"Ministers en staatssecretarissen zijn niet verantwoordelijk voor de besluiten die zbo's op grond van hun wettelijke opdracht nemen. Zij zijn wel verantwoordelijk voor een adequate sturing en adequaat toezicht op de zbo's."* Daarom maken Minister en zbo's onderling in lijn met de uitgangspunten van de circulaire nadere werkafspraken, *"waarin invulling wordt gegeven aan de sturing en het toezicht en waarmee de minister de handvatten krijgt om zijn systeemverantwoordelijkheid waar te maken."*
- (115) Gelet op het feit dat een van de door de Staatssecretaris ervaren problemen het gebrek aan sturingsmogelijkheden is, ligt het in de rede dat als ProRail een zbo zou worden, deze circulaire in acht wordt genomen. Wij hebben nog niet een concept van deze werkafspraken met een beschrijving van de governancerelatie tussen ministerie en zbo gezien. Aangezien dit een van de hoofddoelen van de Staatssecretaris is, lijkt het wenselijk dat deze vroegtijdig – d.w.z. tegelijk met de benodigde wetswijzigingen – al beschikbaar is zodat voor alle betrokken actoren duidelijk is hoe de governancerelatie vormgegeven zal worden.

³⁷ Kamerstukken II, 2015/16, 34426, nr. 3, p. 8.

³⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 25 268, nr. 83.

³⁹ Kamerstukken II, 2014/15, 25268, nr. 113.

(B) Deelnemingenbeleid

- (116) In de LTSa2 wordt in paragraaf 6.3.3 ingegaan op de sturing op ProRail door de Staatssecretaris als aandeelhouder. Gesteld wordt dat de nieuwe Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 de basis vormt voor de invulling van het aandeelhouderschap in ProRail.⁴⁰
- (117) Uitgangspunt van dit Deelnemingenbeleid is dat de motto's van "privatiseren, tenzij" of "publiek, tenzij", losgelaten zijn: *"Het besluit om wel of niet te privatiseren moet per casus worden beoordeeld, zonder dat daar een streven aan ten grondslag ligt om de portefeuille zo klein of zo groot mogelijk te maken(...) Het aandeelhouderschap kan een toegevoegde waarde bieden bij de borging van publieke belangen die deze bedrijven behartigen. Daarom beziet het kabinet in de voorliggende nota voor alle afzonderlijke staatsdeelnemingen of staatsaandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft."*⁴¹
- (118) In deze Nota wordt het publieke belang van ProRail onderstreept: *"De belangen die gemoeid zijn met het Nederlandse spoor zien met name op bereikbaarheid in Nederland zowel ten aanzien van het vervoer van personen als van goederen. Het spoorweginfrastructuur is een vitale schakel in de bereikbaarheid van Nederland per spoor. ProRail heeft de zorgplicht voor deze infrastructuur. Met ProRail zijn zodoende de volgende publieke belangen gemoeid:*
- Continuïteit, beschikbaarheid en kwaliteit van het hoofdspoorweginfrastructuur en daarmee samenhangende voorzieningen;
- Efficiënte marktverhoudingen: non-discriminatoire verdeling van de capaciteit van de infrastructuur;
*- Veiligheid en duurzaamheid."*⁴²
- (119) Hieruit blijkt dat het Kabinet in 2013 van mening was dat het behoud van ProRail als beleidsdeelneming past binnen het Deelnemingenbeleid.

⁴⁰ "Vanuit haar aandeelhoudersrol in ProRail zal I&M ProRail meer gaan aanspreken op de publieke functie die ze heeft. De aandeelhouder in ProRail gaat haar zeggenschap bij benoemingen van leden in de raad van bestuur en de raad van commissarissen - die wordt uitgebreid van vijf naar zes - actiever invullen dan voorheen. Dat begint bij een door de raad van commissarissen op te stellen algemene profielschets van de raad van commissarissen respectievelijk de raad van bestuur. De raad van commissarissen zal de aandeelhouder, voorafgaand aan de vaststelling hiervan, actief betrekken. Het is daarbij van belang dat de profielschets rekenschap geeft van onder meer maatschappelijke betrokkenheid en kennis van specifieke spoorzaken. In het geval van een vacature zal de raad van commissarissen een voor die vacature op maat gemaakte profielschets opstellen die aansluit bij de algemene profielschets. Deze wordt ook met de aandeelhouder besproken. Vervolgens zal door de raad van commissarissen een 'long list' en 'short list' van potentiële kandidaten worden opgesteld en besproken met de aandeelhouder. De aandeelhouder beoordeelt of de kandidaten aansluiten bij de voor de vacature opgestelde profielschets. De aandeelhouder kan overwegingen meegeven aan de raad van commissarissen bij specifieke potentiële kandidaten. De aandeelhouder kan indien gewenst een formele aanbeveling doen voor een kandidaat. Eén en ander is in overeenstemming met de Nota Deelnemingenbeleid. De aandeelhouder van NS vult zijn zeggenschap rondom benoemingen van commissarissen en bestuurders op eenzelfde wijze in. Ook zal I&M de statuten van ProRail toetsen aan de publieke belangen zoals verwoord in de nieuwe beheerconcessie en die waar nodig aanpassen. I&M zal als aandeelhouder frequenter met de voorzitter van de raad van commissarissen en de voorzitter van de Raad van Bestuur overleggen."

⁴¹ Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 7.

⁴² Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 71.

(C) Aanwijzingen voor de regelgeving

- (120) Ten slotte wordt nog gewezen op paragraaf 4.5a van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Deze hebben betrekking op zbo's. Aanwijzing 124a bepaalt dat in de toelichting bij een regeling waarbij een zbo wordt ingesteld de noodzaak daartoe moet worden gemotiveerd:

"Bij het opstellen van de motivering kunnen de volgende vragen als leidraad worden gebruikt:

- *waarom moet de overheid de taak behartigen of blijven behartigen?*
- *(...)*
- *waarom wordt de taak niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgeoefend?*
- *welke afweging is er gemaakt inzake de kosten, bestuurlijke lasten en doelmatigheid in vergelijking met het toekennen of blijven toekennen van de taak aan een minister?*
- *hoe is de taakuitoefening afgestemd op de taken van andere bestuursorganen op rijks-, provinciaal of gemeentelijk niveau of op het niveau van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba?"*

- (121) Uit Aanwijzing 124b volgt verder dat instelling bij wet is aangewezen in verband met de beperkte ministeriële verantwoordelijkheid voor een zelfstandig bestuursorgaan. Omdat de mogelijkheden van parlementaire controle op de uitoefening van de desbetreffende taak niet volledig zijn, is het noodzakelijk dat de Staten-Generaal zich over het instellen van een zelfstandig bestuursorgaan kunnen uitspreken.

- (122) Aanwijzing 124g bepaalt dat aan een Minister niet de bevoegdheid wordt toegekend bijzondere aanwijzingen te geven, omdat in dat geval niet meer van 'zelfstandigheid' gesproken kan worden.

- (123) De Aanwijzingen bevatten verder modelbepalingen voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid (124d) en hoe de overgang van personeel, rechten, bezittingen en verplichtingen van de rechtspersoon de Staat der Nederlanden op een andere rechtspersoon waarvan het zelfstandig bestuursorgaan onderdeel uitmaakt, wordt geregeld (124h) en hoe lopende wettelijke procedures en rechtsgedingen worden afgehandeld (124i).

4.2.4. Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet

- (124) Op dit moment is de infrastructuurbeheerder geen bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb"), "aangezien de beheerder noch krachtens publiekrecht is ingesteld, noch bekleed is met enig openbaar gezag. De gedragingen en «beslissingen» van de beheerder zijn derhalve niet aan te merken als besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht."⁴³

- (125) Dit betekent dat als ProRail in het publieke domein wordt gebracht en zij een bestuursorgaan wordt, nieuwe wetgeving op haar van toepassing zal worden. Allereerst zal

⁴³ Aldus de 4 NvW. Vgl. ook Rb. Rotterdam 4 januari 2008, zaaknummer BC 07/3246-WILD, waarin de rechtbank oordeelt dat beslissingen over de capaciteitstoewijzing geen besluiten zijn.

de Awb van toepassing zijn. Dat betekent dat ProRail gebonden wordt aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook aan de daarin opgenomen procedureregels voor het kunnen nemen van besluiten alsmede de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming voor de diverse stakeholders tegen deze besluiten.

- (126) Daarnaast zou ook de Wet openbaarheid van bestuur ("Wob") op ProRail van toepassing worden. Dat is nu niet het geval. Dat betekent dat bij ProRail berustende informatie in beginsel openbaar moet worden gemaakt, tenzij een van de in de wet genoemde uitzonderingen van toepassing is. Niet uitgesloten is dat stakeholders terughoudender zullen zijn met het verstrekken van informatie aan ProRail als zij weten dat alle informatie die bij ProRail berust openbaar kan worden.
- (127) Ook de Archiefwet zou op ProRail van toepassing worden. ProRail zou verplicht de onder haar berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden (artikel 3 van de wet).

4.2.5. Tussenconclusie

- (128) Uit het voorgaande volgt dat het voornemen om ProRail binnen het publieke domein te brengen past binnen het huidige Kabinetsbeleid ten aanzien van agentschappen en zbo's zoals dat in deze paragraaf is behandeld. Niet in geschil is immers dat ProRail in het algemeen belang handelt en ook grotendeels wordt gefinancierd door middel van subsidies. Op grond van dit beleid zou een agentschap zelfs de voorkeur hebben boven een zbo.
- (129) Een agentschap moet in beginsel voldoen aan de wettelijke regeling zoals neergelegd in de Comptabiliteitswet. Een zbo moet (in beginsel) aan de Kaderwet zbo's voldoen. Een belangrijke doelstelling van deze wetten is om uniformiteit van agentschappen en zbo's te creëren. Deze uniformiteit is namelijk van belang voor de sturing- en controlemogelijkheden van de Staatssecretaris en de Tweede Kamer. Bepaalde bepalingen uit de wetgeving lijken echter op gespannen voet te staan met het in de Europese richtlijnen neergelegde uitgangspunt dat de infrastructuurbeheerder onafhankelijk moet zijn van de lidstaat.
- (130) Zowel als agentschap als zbo zouden de Awb, Wob en Archiefwet op ProRail van toepassing worden.

4.3. Arbeidsrecht

4.3.1. Aard van de arbeidsrelatie: werknemer vs. ambtenaar

- (131) ProRail voert publieke taken uit en wordt grotendeels uit publieke middelen gefinancierd, maar is in haar huidige vorm een private organisatie (besloten vennootschap). In de huidige situatie heeft ProRail haar werknemers in dienst genomen op grond van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.
- (132) Artikel 1, eerste lid, van de Ambtenarenwet ("AW") geeft een definitie van het begrip 'ambtenaar':

"Ambtenaar in de zin van deze wet is degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn."

- (133) De ambtenarenstatus is dus afhankelijk van drie elementen: de ambtenaar is (i) *aangesteld* (ii) om binnen een organisatie die als *openbare dienst* geldt (iii) *werkzaam* te zijn.⁴⁴ De aanstelling tot ambtenaar – door middel van een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling van het bevoegd gezag (het aanstellingsbesluit) – vormt dus een constitutief vereiste voor de ambtenarenstatus: zonder aanstelling, geen ambtenaar. Artikel 1, tweede lid, AW verduidelijkt wat onder 'openbare dienst' verstaan moet worden:

"Tot den openbaren dienst behooren alle diensten en bedrijven door den Staat en de openbare lichamen beheerd."

- (134) Het is onder bepaalde omstandigheden mogelijk dat een persoon die werkzaam is in de openbare dienst, niet als ambtenaar wordt aangesteld maar daarentegen in dienst wordt genomen op grond van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Personen die werkzaam zijn in de openbare dienst en met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten, zijn *geen* ambtenaar. Dit is met zo veel woorden bepaald in artikel 1, derde lid, AW:

"Niet is ambtenaar in de zin van deze wet degene, met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten."

- (135) De vraag rijst onder welke omstandigheden het mogelijk is voor de in artikel 1, tweede lid, AW bedoelde entiteiten om een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht te sluiten met hun medewerkers. Voor deze juridische analyse is uitsluitend relevant artikel 134, eerste lid, AW:

"Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden bepalingen vastgesteld betreffende de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder door of vanwege het rijk indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kan plaatshebben. De artikelen 125a tot en met 125f van deze wet en artikel 648 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing."

- (136) In het verleden waren 'de gevallen waarin door of vanwege het rijk indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht plaats kon hebben' neergelegd in het Arbeidsvoorwaardenbesluit.⁴⁵ Bedoeld besluit is evenwel op 1 januari 1995 ingetrokken.⁴⁶ Het is voor de rijksoverheid anno 2016 dan ook niet mogelijk om zogenaamde 'arbeidscontractanten' in dienst te nemen; eenieder die voor de rijksoverheid werkt, dient tot ambtenaar te worden aangesteld.⁴⁷ Dat is een bewuste en principiële keuze geweest.

- (137) Het voorgaande brengt met zich dat indien zou worden geopteerd voor (i) een agentschap of (ii) een zbo zonder rechtspersoonlijkheid, geen arbeidsovereenkomsten kunnen worden gesloten met de huidige werknemers van ProRail; zij zouden alsdan een ambtelijke

⁴⁴ CRvB 20 januari 2011, AB 2011/220 (ECLI:NL:CRVB:2011:BP1983), m.nt. H. Peters, §2 van de noot.

⁴⁵ *Stb.* 1931, 354.

⁴⁶ *Stb.* 1993, 143.

⁴⁷ S.M.J. Koolwijk en S.F.H. Jellinghaus, 'De ambtenaar en de overgang van onderneming bepalingen', *Arbeid Integraal* 2004/3, p. 61 op p. 61; S.F.H. Jellinghaus, 'De ambtenaar', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen* (Boom Juridische uitgevers 2012), p. 32; H. Uhlenbroek, 'Ambtenaar of werknemer, is er nog verschil?', *ArbeidsRecht* 2001/18.

aanstelling moeten krijgen. Overigens zou het theoretisch denkbaar zijn speciaal voor de ProRail-transitie een nieuwe AMvB in het leven te roepen dan wel in de Spoorwegwet of de Instellingswet een bepaling op te nemen met als strekking dat het personeel van de nieuwe entiteit geen ambtenaar is. Dergelijke 'gelegenheidswetgeving' zou echter tot een onwenselijke en ongebruikelijke situatie leiden onder meer vanwege de grote juridische complexiteit en de daarmee gepaard gaande niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling van diverse groepen van personeel binnen de rijksoverheid. Daarbij komt dan nog dat daarmee zou worden afgeweken van het principebesluit als hiervoor bedoeld.

(138) Voor zbo's met rechtspersoonlijkheid liggen de zaken anders. Deze zbo's behoren niet tot de rijksoverheid in de zin van artikel 134, eerste lid, AW. Anders dan de in het vorige randnummer besproken entiteiten, behoren zulke zbo's immers niet tot de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden maar bezitten zij eigen rechtspersoonlijkheid. Het is goed om een nader onderscheid aan te brengen tussen twee verschillende soorten zbo's met rechtspersoonlijkheid:

(i) zbo's met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid; en

(ii) zbo's met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid.

(139) Om van een zbo zoals sub (i) bedoeld te kunnen spreken, moet aan twee cumulatieve criteria zijn voldaan: de rechtspersoon dient bij of krachtens de wet te zijn ingesteld en daarbij is niet teruggegrepen op één van de in het BW geregelde categorieën rechtspersonen.⁴⁸ Dit onderscheid is relevant vanwege het in artikel 7:615 BW bepaalde:

"De bepalingen van deze titel [Titel 10 van Boek 7, toev. Stibbe] zijn niet van toepassing ten aanzien van personen in dienst van staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam, tenzij zij, hetzij vóór of bij de aanvang van de dienstbetrekking door of namens partijen, hetzij bij wet of verordening, van toepassing zijn verklaard."

(140) Krachtens het publiekrecht ingestelde rechtspersonen zijn 'publiekrechtelijke lichamen' in vorenbedoelde zin. Het in Titel 10 van Boek 7 neergelegde arbeidsovereenkomstenrecht geldt dus *niet* voor werknemers die op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn genomen door een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen vóór of bij aanvang van de dienstbetrekking). Het civiele arbeidsrecht geldt *wel* voor privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak (de zbo's met privaatrechtelijke rechtsbevoegdheid).⁴⁹

(141) Uit artikel 7:615 BW kan worden afgeleid dat het voor zbo's met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid *mogelijk* is om arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht aan te gaan met hun werknemers. Echter, het *uitgangspunt* is tegengesteld: in beginsel behoren personen die in dienst zijn bij zulke zbo's een aanstelling tot ambtenaar te hebben. Dit mag worden afgeleid uit artikel 15, eerste lid, van de Kaderwet zbo's en de wetsgeschiedenis daarvan. Bedoeld artikel uit de Kaderwet zbo's bepaalt (voor zover hier relevant):

⁴⁸ Dat wil zeggen: kerkgenootschappen, verenigingen, coöperaties of coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze en besloten vennootschappen, stichtingen. W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht* (Kluwer 2014), p. 87.

⁴⁹ B. Barentsen, in: L. van Amersfoort et al. (red.), *Arbeidsovereenkomst*, commentaar op artikel 7:615.

"Op het personeel in dienst van een zelfstandig bestuursorgaan dat geen onderdeel uitmaakt van de Staat, zijn de rechtspositieregels die gelden voor de ambtenaren die zijn aangesteld bij ministeries, van overeenkomstige toepassing."

- (142) Artikel 15, tweede lid, van de Kaderwet zbo's bepaalt dat van dit uitgangspunt *gedeeltelijk* kan worden afgeweken bij algemene maatregel van bestuur ("AMvB"). Een gedeeltelijke afwijking vergt dus een AMvB, een *algehele* afwijking – zoals: een arbeidsovereenkomstenstelsel in de zin van het BW – vergt een grondslag in een wet in formele zin.⁵⁰

"Een wet in formele zin is wèl nodig indien voor een geheel van de sector Rijk afwijkende rechtspositieregeling (een andere sector of zelfs een arbeidsovereenkomstenstelsel op voet van het Burgerlijk Wetboek en een cao) gewenst wordt. De betreffende minister zal dus zijn voorstel voor een afwijkend regime moeten motiveren en daarmee de Staten-Generaal als medewetgever ook moeten overtuigen."

- (143) Voor deze juridische analyse is het goed om kort stil te staan bij de casus van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen ("UWV"). Het UWV is een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid.⁵¹ Artikel 2, derde lid, van de UWV-instellingswet (Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen) bepaalt:

"Het personeel van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen wordt in dienst genomen op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. De bepalingen van de tiende titel van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn op deze overeenkomst van toepassing."

- (144) In de Memorie van Toelichting bij de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen wordt toegelicht waarom de regering het wenselijk achtte af te wijken van het uitgangspunt van artikel 10 (thans: artikel 15) van de Kaderwet:

"Met het vierde lid wordt afgeweken van artikel 10 van de Kaderwet zbo's, dat uitgaat van overeenkomstige toepassing van de ambtelijke rechtspositie. Hiervoor is gekozen terwille van de continuïteit; het personeel van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie, het LISV, de uitvoeringsinstellingen en de SVb is ook thans werkzaam op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht."

- (145) Indien besloten zou worden om de taken van ProRail te beleggen bij een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, zou bovenstaand citaat kunnen worden gebruikt als argument ter ondersteuning van de standpunt dat in de instellingswet zou moeten worden bepaald dat het personeel van de zbo in dienst zal worden genomen op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

4.3.2. Arbeidsvoorwaarden en de cao ProRail 2015 – 2017

- (146) Wij begrijpen dat ProRail een ondernemings-cao heeft: de cao ProRail 2015 – 2017 (de "ProRail cao"). Wij begrijpen ook dat nagenoeg alle werknemers van ProRail onder de werkingsfeer van de ProRail cao vallen. De materiële rechtspositie van de individuele ProRail werknemer wordt in de huidige situatie aldus bepaald door (i) de bepalingen uit de

⁵⁰ Kamerstukken II, 2000/01, 27426, nr. 3, p. 26.

⁵¹ Artikel 2, eerste en tweede lid, van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.

individuele arbeidsovereenkomst, in nagenoeg alle gevallen aangevuld door (ii) de bepalingen uit de ProRail cao.

- (147) De arbeidsvoorwaarden van een ambtenaar worden eenzijdig door het bevoegd gezag vastgesteld. Het bevoegd gezag is niet vrij in de arbeidsvoorwaarden die het in een aanstellingsbesluit wenst op te nemen ten aanzien van een individuele ambtenaar. De materiële rechtspositie van de ambtenaar wordt op verschillende niveaus (dwingend) geregeld.
- (148) In de eerste plaats bevat de AW enkele bepalingen die van belang zijn voor de materiële rechtspositie van de individuele ambtenaar. In de tweede plaats moet worden gewezen op artikel 125, eerste lid, AW. Op grond van dit artikellid worden voor de ambtenaren door of vanwege het rijk aangesteld bij AMvB voorschriften vastgesteld betreffende de meest uiteenlopende aspecten van de materiële arbeidsrechtelijke positie van de ambtenaar (e.g. ontslag, bezoldiging, verlof, disciplinaire straffen, diensttijden, etc.). In het kader van deze juridische analyse is met name van belang het Algemeen Rijksambtenarenreglement (het "ARAR") waarin de materiële rechtspositie van de rijksambtenaar tot in detail is geregeld. Bovendien het ARAR bestaat er voorts een veelheid aan besluiten en ministeriële regelingen – hetzij vastgesteld op grond van de AW hetzij op grond van het ARAR – waarin de rechtspositie van de rijksambtenaar nader wordt geregeld. Tot slot bestaan er al dan niet rijksbrede beleidsregels die het bevoegd gezag in beginsel dient te respecteren bij het nemen van aanstellingsbesluiten.⁵²
- (149) Wij hebben de ProRail cao en de individuele arbeidsovereenkomsten van de ProRail werknemers (vooralsnog) niet één-op-één vergeleken met de bepalingen uit de AW, het ARAR, de onderliggende besluiten/regelingen en de beleidsregels. Echter, voor zover de bepalingen uit de ProRail cao en de individuele arbeidsovereenkomsten onverenigbaar zouden zijn met het zojuist omschreven publiekrechtelijk kader, moet worden vastgesteld dat zulke met het publiekrechtelijk kader onverenigbare arbeidsvoorwaarden niet kunnen worden 'meegenomen' naar een ambtelijke aanstelling. Het bevoegd gezag is gehouden om bij het nemen van aanstellingsbesluiten de bepalingen van de AW en onderliggende wet- en regelgeving na te leven.

4.3.3. Sociale Eenheid NS

- (150) ProRail is met een aantal andere vennootschappen (voornamelijk NS-bedrijfsonderdelen) onderdeel van de Sociale Eenheid NS. Op basis van de ProRail cao, past ProRail de bepalingen uit de cao Sociale Eenheid NS (onderdeel van de NS-cao) toe. Deze regeling vergemakkelijkt voor ProRail-medewerkers de overstap van ProRail naar een ander onderdeel van de Sociale Eenheid NS. Ook bevat de regeling bepaalde arbeidsvoorwaardelijke elementen, zoals reisfaciliteiten voor werknemers en gezinsleden, voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid en een sociaal plan. Indien ProRail als B.V. ophoudt te bestaan, zal voor voortgezette toepassing van de Sociale Eenheid-regeling een aanpassing door de cao-partijen daarbij vereist zijn, zodat ProRail bijvoorbeeld ook als zbo nog aangewezen wordt als onderdeel van deze regeling en de arbeidsvoorwaardelijke elementen behouden kunnen blijven. Voortgezette toepassing van deze regeling zal naar onze inschatting wel moeilijker zijn indien ProRail een overheidsonderdeel wordt met ambtenaren, omdat een aantal afspraken dan niet meer goed toepasbaar zijn, zoals de afspraken over voortzetting van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij een

⁵² Cf. S.F.H. Jellinghaus (2012), p. 33 – 34.

overstap. Ook is de vraag of de arbeidsvoorwaarden van de Sociale Eenheid NS passen in het voor ambtenaren geldende publiekrechtelijke arbeidsvoorwaardenkader; voor zover dit niet het geval is (wij hebben dit niet onderzocht) zal voortgezette toepassing in beginsel niet mogelijk zijn.

4.3.4. Pensioen

- (151) Wij begrijpen dat ProRail in de huidige situatie is aangesloten bij het Spoorwegpensioenfonds ("SPF"), een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.
- (152) Artikel 21, eerste lid, van de Wet privatisering ABP ("WPA") bepaalt dat 'overheidswerknemers' *verplicht* zijn om deel te nemen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds ABP (de "ABP-regeling").
- (153) Het begrip 'overheidswerknemer' wordt gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, van de WPA. Voor deze juridische analyse is met name van belang artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van de WPA:

"Overheidswerknemer in de zin van deze wet is degene die bij een publiekrechtelijk lichaam is aangesteld of in dienst is genomen op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en die deswege bezoldigd of beloond wordt rechtstreeks ten laste van een publiekrechtelijk lichaam."

- (154) Uit deze definitiebepaling volgt dat indien geopteerd zou worden voor (i) een agentschap, (ii) een zbo zonder rechtspersoonlijkheid of (iii) een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, de huidige ProRail werknemers in de toekomst 'overheidswerknemer' worden en dus verplicht zouden moeten deelnemen in de ABP-regeling.⁵³
- (155) Artikel 2, tweede lid, aanhef en onder j, van de WPA bevat evenwel een uitzondering:

"In afwijking van het eerste lid zijn geen overheidswerknemer personen en groepen van personen die bij door Onze Minister te stellen regels, welke regels in overeenstemming met het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP worden vastgesteld, op grond van hun bijzondere arbeidsvoorwaarden of de bijzondere aard van hun werkzaamheden zijn aangewezen."

- (156) De regels waarnaar wordt verwezen in het hiervoor vermelde artikelonderdeel zijn neergelegd in de Regeling beperking van het zijn van overheidswerknemer in de zin van de Wet privatisering ABP (de "Regeling beperking overheidswerknemer"). In de Memorie van Toelichting bij de WPA wordt verduidelijkt dat beperking van de kring van overheidswerknemers slechts 'in beperkte mate' mogelijk is.⁵⁴ Dit is nogmaals benadrukt in de Toelichting op de Regeling beperking overheidswerknemer.⁵⁵ Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag volgt dat uit de overeenstemming over de beperking die bereikt

⁵³ Voor de goede orde: ook indien zou worden afgeweken van het uitgangspunt van artikel 15, eerste lid, van de Kaderwet en het bij wet in formele zin mogelijk wordt gemaakt voor een eventueel op te richten zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid om personeel in dienst te nemen op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of dit op andere basis mogelijk wordt gemaakt, zou zulk personeel in beginsel overheidswerknemer zijn in de zin van de WPA.

⁵⁴ *Kamerstukken II, 1994/95, 24205, nr. 3, p. 27.*

⁵⁵ Daar heette het: "*Uitgangspunt van de regeling is dat personen in dienst van of werkzaam bij de overheid zo min mogelijk worden uitgesloten van het opbouwen van pensioenrechten.*" *Stcrt.* 1997, 164.

moet worden met het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP, in wezen een vetorecht voor dat bestuur volgt.⁵⁶

- (157) Als wordt gekozen voor de optie van een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid is het personeel van een dergelijke entiteit volgens ons *geen* overheidswerknemer. Het in de WPA gehanteerde onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke *lichamen* is enigszins ongelukkig; de wetsgeschiedenis verduidelijkt niet of dat onderscheid samenvalt met het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke *rechtspersonen*. Naar ons oordeel ligt dat wel in de rede, mede gelet op hetgeen hiervoor in paragraaf 4.3.1 is beschreven. Wij vinden ook steun voor dat standpunt in de Toelichting bij Regeling beperking overheidswerknemer:

*"Omdat de uitvoeringsinstellingen, waaronder de Stichting USZO, rechtspersonen zijn naar burgerlijk recht zijn personen in dienst van die instellingen geen overheidswerknemers in de zin van de [WPA]."*⁵⁷

- (158) Tot slot staan wij nog kort stil bij de casus van het UWV, die wij reeds in paragraaf 4.3.1 van deze juridische analyse signaleerden. Zoals gesteld neemt het UWV, hoewel een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, zijn personeel in dienst op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Ook voor de WPA is een vergelijking met de UWV-casus relevant. Nu het UWV een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid is, kwalificeert zijn personeel in beginsel als overheidswerknemer in de zin van de WPA. Echter, in de Regeling beperking overheidswerknemer is bepaald dat het personeel van het UWV *geen* overheidswerknemer is. Voor deze beperking werd de navolgende rechtvaardiging gegeven:

*"Al sedert decennia echter heeft het personeel van Lisv en uvi's [de voorgangers van het UWV, Stibbe] en van hun rechtsvoorgangers een eigen pensioenvoorziening. Op historische gronden is derhalve een uitzondering op het zijn van overheidswerknemer in de zin van de WPA gerechtvaardigd."*⁵⁸

- (159) Ditzelfde argument kan worden gebruikt om het huidige personeel van ProRail in de toekomstige situatie uit te sluiten van het overheidswerknemersbegrip.
- (160) Bij overgang van de ProRail medewerkers naar het ABP geldt dat er verschillen zijn in de toekomstige pensioenopbouw vanaf de overgang, inclusief een ander indexatieperspectief (mede vanwege andere dekkingsgraden bij het SPF ten opzichte van het ABP), waarbij de vraag is of dergelijke verschillen gecompenseerd worden en of er meerkosten zijn bij het ABP.

⁵⁶ Kamerstukken II, 1995/96, 24205, nr. 7, p. 43.

⁵⁷ *Stcrt.* 1997, 164. Volledigheidshalve merken wij op dat wij ook een aanknopingspunt hebben gevonden voor het standpunt dat het personeel van zbo's (ongeacht de aard van de rechtspersoonlijkheid daarvan) overheidswerknemer is: "*Degene die werkzaam is bij een zelfstandig bestuursorgaan is op grond van artikel 2 van de WPA, in beginsel wél een overheidswerknemer.*" *Stcrt.* 2015, 2923. Echter, deze stelling betreft naar ons oordeel hoogstwaarschijnlijk een onzorgvuldigheid. Hierbij is van belang dat deze uitspraak werd gedaan in het kader van de omvorming van de Stichting CIZ naar een zbo met *publiekrechtelijke* rechtspersoonlijkheid.

⁵⁸ *Stcrt.* 2002, 23.

- (161) Voor de tot de overgang bij SPF opgebouwde rechten geldt dat er een mogelijkheid, maar geen verplichting, bestaat om deze door middel van collectieve waardeoverdracht naar het ABP te laten overgaan. Hiervoor is wel vereist dat (i) SPF en ABP het onderling eens worden over de overdrachtswaarde en dat (ii) beide pensioenfondsen een voldoende dekkingsgraad hebben (hetgeen bij het ABP thans niet het geval is). Ook kan een dergelijke waardeoverdracht leiden tot bijbetalingsverplichtingen die in de praktijk uiteindelijk door de werkgever gedragen zouden moeten worden en is SPF mogelijk gerechtigd tot een compensatie van ProRail vanwege het verlaten van het fonds met een substantieel aantal deelnemers (exitvergoeding); wij hebben hier in deze fase nog geen nader onderzoek naar gedaan.

4.3.5. Overgang van onderneming

- (162) In twee van de in deze juridische analyse beschreven opties – te weten: (i) de omvorming van ProRail tot een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid⁵⁹ en (ii) het behoud van de huidige rechtsvorm – zal de transformatie van ProRail weinig (behoeven te) veranderen aan de situatie waarin de werknemers van ProRail thans verkeren. We nemen aan dat de werknemers in deze situaties in de reeds bestaande juridische entiteit (besloten vennootschap) 'blijven zitten' en hun arbeidsovereenkomsten / arbeidsvoorwaarden kunnen dan ongewijzigd in stand blijven.
- (163) In de overige in deze juridische analyse omschreven opties zullen de activiteiten van ProRail in de toekomst door (een agentschap van / een zbo van) een publiekrechtelijke rechtspersoon worden voortgezet. Naar wij aannemen zal ProRail haar activiteiten, activa en medewerkers dan overdragen (bij wet of overeenkomst) aan een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het lijkt in een dergelijk geval op voorhand zeer aannemelijk dat de identiteit van de alsdan over te dragen economische eenheid behouden blijft, zodat sprake is van een 'overgang van onderneming' in de zin van artikel 7:662 *et seq.* BW / Richtlijn 2001/23/EG. Het HvJEU heeft in zijn *Mayeur*-arrest uitdrukkelijk geoordeeld dat Richtlijn 2001/23/EG ook van toepassing is wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon een activiteit overneemt die daarvoor door een privaatrechtelijke rechtspersoon werd verricht, voor zover althans de identiteit van de overgedragen eenheid bewaard blijft.⁶⁰ Het HvJEU heeft zulks bevestigd in het *Delahaye*-arrest.⁶¹ Deze vaststelling is wegens een aantal redenen van belang.
- (164) Bij een overgang van onderneming gaan de rechten en plichten voortvloeiende uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege over op de verkrijger op het tijdstip van de

⁵⁹ Wij gaan er hier vanuit dat ProRail (de bestaande besloten vennootschap) op basis van een grondslag in wet- of regelgeving zou worden omgevormd tot zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Het is evenwel denkbaar, op zijn minst in theorie, dat een eventueel te vormen zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid via een 'omweg' (met een nieuwe, aparte juridische entiteit) zou worden gecreëerd. De wetgever in formele zin zou in een dergelijk geval een wet uitvaardigen waarin (i) een zbo wordt gecreëerd, (ii) bij de creatie waarvan teruggerepen wordt op één van de in het BW geregelde rechtspersonen. Alsdan zullen er wel gevolgen voor het personeel van ProRail zijn; zij zullen immers hun huidige werkgever (ProRail B.V.) 'verlaten' en in dienst treden bij de nieuw opgerichte rechtspersoon. Voor deze situatie is het in deze paragraaf omschreven overgang van onderneming leerstuk ook relevant.

⁶⁰ Arrest Didier Mayeur / Association Promotion de l'information messine (APIM), C-175/99, EU:C:2000:505, punt 57.

⁶¹ Arrest Johanna Maria Delahaye, echtgenote Boor / Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, C-425/02, EU:C:2004:706, punt 30.

overgang.⁶² Bij een 'normale' overgang van onderneming behoeft dat weinig problemen op te leveren: de verkrijger zet de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht van de werknemers met de vervreemder voort. Wij zagen echter reeds dat de rijksoverheid geen personeel op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst *kan* nemen; de rijksoverheid dient haar personeel tot ambtenaar aan te stellen door middel van een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling (het 'aanstellingsbesluit'). Uit de jurisprudentie van het HvJEU kan worden afgeleid dat, niettegenstaande de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG, op de overheid *geen* plicht rust om het personeel van ProRail tot ambtenaar aan te stellen.⁶³

- (165) In de 'publiekrechtelijke' scenario's gaan wij er echter vanuit dat aan alle huidige werknemers van ProRail een ambtelijke aanstelling zal worden aangeboden.⁶⁴ De ambtelijke aanstelling en daarmee gepaarde gaande beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met de betrokken ProRail werknemers kan blijkens het genoemde *Delahaye*-arrest mogelijk op zichzelf al worden aangemerkt als een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer die rechtstreeks het gevolg is van overgang, zodat de arbeidsovereenkomsten in dat geval moeten worden geacht te zijn verbroken door toedoen en voor rekening van de werkgever. Daarnaast is het, zoals wij al eerder opmerkten, ook mogelijk dat een ambtelijke aanstelling (vanwege het dwingende publiekrechtelijke kader waarbinnen die aanstelling plaatsvindt) inhoudelijk tot een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers van ProRail leidt. In beide gevallen, maar met name bij een aanmerkelijke inhoudelijke verslechtering van arbeidsvoorwaarden kan de werknemer van ProRail zijn arbeidsovereenkomst opzeggen en zal die opzegging beschouwd worden als een beëindiging op initiatief van de werkgever (vgl. artikel 7:665 BW). In een dergelijk geval kan de (ex-)werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW. In het reeds vermelde *Delahaye*-arrest oordeelde het HvJEU met zoveel woorden dat Richtlijn 2001/23/EG zich weliswaar niet verzet tegen een verslechtering van arbeidsvoorwaarden die noodzakelijk is teneinde aan de geldende nationale regelingen voor overheidsperoneel te voldoen, maar dat een 'aanmerkelijke' verslechtering er wel toe leidt dat de arbeidsovereenkomst geacht moet worden te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.⁶⁵ Een dergelijke verslechtering ziet overigens niet uitsluitend op de arbeidsvoorwaarden, maar ook op niet-materiële verslechteringen zoals langere reistijd, eventueel minder goede carrièrekansen binnen een publiek bestel, etc. en dus mogelijk ook op de verwisseling van de status als werknemer naar die van ambtenaar.

- (166) Voor wat betreft wijzigingen in 'pensioenrechten' geldt een afwijkend regime bij overgang

⁶² Artikel 7:663 BW.

⁶³ R.M. Beltzer, 'Privatisering, deprivatisering en permanente detachering', in R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht* (Boom Juridische uitgevers 2002), § 3.3.3.

⁶⁴ In het voorgaande randnummer merkten wij op dat er evenwel geen plicht bestaat voor de overheid om het personeel van ProRail tot ambtenaar aan te stellen. In het (waarschijnlijk louter theoretische) scenario dat aan een of meerdere werknemers van ProRail geen ambtelijke aanstelling wordt aangeboden geldt dat, indien sprake is van overgang van onderneming, zulke werknemers hun arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen, waarbij die opzegging op grond van artikel 7:665 BW zal worden beschouwd als een beëindiging op initiatief van de werkgever. De (ex-)werknemer kan alsdan aanspraak maken op een transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW. Cf. R.M. Beltzer (2002), § 3.4.2.

⁶⁵ Arrest Johanna Maria Delahaye, echtgenote Boor / Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, C-425/02, EU:C:2004:706, punt 35.

van onderneming.⁶⁶ Zelfs als de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG geldt, is aanpassing van de pensioenregeling mogelijk indien de verkrijger reeds een andere pensioenregeling heeft of verplicht is een andere pensioenregeling toe te passen. Voor zover deze wijziging van de pensioenregeling op een verslechtering neerkomt, kan deze naar onze inschatting wel meewegen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'aanmerkelijke' wijziging van de arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 7:665 BW.

- (167) Voor de volledigheid moet hier worden opgemerkt dat de werknemers zich vóór de overgang op artikel 7:665 BW moeten beroepen; ambtenaren kunnen geen rechten aan artikel 7:665 BW ontlenen.⁶⁷

4.3.6. Medezeggenschap

- (168) ProRail heeft een OR ingesteld. Voor zover ProRail zelf bepaalde besluiten neemt die neerkomen op een ingrijpende wijziging in de (interne) bevoegdheidsverdeling binnen ProRail, bijvoorbeeld een belangrijke wijziging van de statuten waarbij de RvC van ProRail minder bevoegdheden krijgt of bij overeenkomst bepaalde governance afspraken maakt, dient dat besluit voorafgaand ter advisering aan de OR voorgelegd te worden ex artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden ("WOR"). Dit kan bijvoorbeeld spelen in het model waarbij de huidige rechtsvorm behouden blijft.

- (169) Het adviesrecht is ook aan de orde ingeval ProRail zelf haar onderneming of de zeggenschap daarover (deels) zou overdragen aan een andere partij, bijvoorbeeld indien ProRail meewerkt aan het hybride scenario. Indien gekozen zou worden voor een agentschap of zbo, dan geldt dat dit neerkomt op een overgang van zeggenschap van ProRail en een ingrijpende wijziging in de interne bevoegdheidsverdeling. Een dergelijk besluit zou inhoudelijk dus adviesplichtig zijn, zij het dat een dergelijk besluit niet direct door ProRail maar door de wetgever (kabinet en daarna de Tweede en Eerste Kamer) genomen zal worden. Wij begrijpen dat de OR van ProRail zich op het standpunt stelt dat het dienaangaande een adviesrecht heeft. Voor een dergelijk adviesrecht dient aan twee (cumulatieve) voorwaarden te zijn voldaan: (i) het besluit moet kunnen worden toegerekend aan ProRail en adviesplichtig zijn, en (ii) de uitzondering van artikel 23, tweede lid, van de WOR (politiek primaat) moet zich niet voordoen. Wij bespreken deze twee vereisten hieronder.

Ad (i): toerekening / mede-ondernemerschap

- (170) In beginsel heeft de OR alleen adviesrecht over besluiten van het bestuur van ProRail, nu het bestuur kort gezegd de ondernemer is in de zin van de WOR. De OR heeft alleen dan adviesrecht over besluiten van derden, als die besluiten kunnen worden toegerekend aan het bestuur van ProRail of als die derde (in dit geval: de overheid) als mede-ondernemer naast ProRail aangemerkt kan worden. Wij denken dat er in dit geval goede gronden zijn om aan te nemen dat een besluit van de Ministerraad kan worden toegerekend aan ProRail ofwel dat de overheid voor dat besluit als mede-ondernemer aangemerkt kan worden. Het besluit grijpt namelijk rechtstreeks in de onderneming van ProRail in, ziet specifiek op ProRail, de overheid is (indirect) enig aandeelhouder en staat in een bijzondere relatie (met veel invloed) tot ProRail. Verder kan de overheid als wetgever, aandeelhouder,

⁶⁶ Zie: artikel 7:664 BW.

⁶⁷ CRvB 31 mei 2001, ECLI:NL:CRVB:2002:AB2179. Cf. R.M. Beltzer (2002), § 3.4.2.

concessieverlener en subsidieverstrekker op structurele basis aanzienlijke invloed op ProRail uitoefenen. Aan de eerste voorwaarde voor een adviesrecht voor de OR van ProRail wordt naar ons oordeel voldaan in deze casus.

Ad (ii): uitzondering ex artikel 23, tweede lid, van de WOR

- (171) De tweede vraag die beantwoord moet worden is of het besluit van het kabinet het politiek primaat raakt (beleid over of de uitvoering van een publiekrechtelijke taak). Is dat het geval, dan bestaat niet zozeer een adviesrecht over het principebesluit, maar alleen over de personele gevolgen van dat besluit.
- (172) Naar ons oordeel bestaan er goede gronden om aan te nemen dat ProRail publieke taken uitvoert en dat de OR dus in ieder geval adviesrecht heeft over de personele gevolgen. Het is onduidelijk of de OR ook een adviesrecht heeft over het principebesluit tot 'nationalisatie' van ProRail. Wil dat adviesrecht worden aangenomen, dan moet het zo zijn dat ProRail een publiekrechtelijke taak uitvoert die niet onder het bereik van artikel 23, tweede lid, van de WOR valt of dat het besluit zelf niet een kwestie is die ziet op het beleid of de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Er is beperkte jurisprudentie beschikbaar over artikel 23, tweede lid, van de WOR en het is dus onzeker of hiervan sprake is. Indien de OR bij zijn standpunt blijft dat sprake is van een adviesplichtig besluit, bestaat de mogelijkheid dat de OR deze vraag voorlegt aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam ex artikel 26 van de WOR.

4.3.7. Tussenconclusie

- (173) Uit het voorgaande volgt dat indien wordt gekozen voor (i) het 'agentschap-scenario', (ii) het scenario van een zbo zonder rechtspersoonlijkheid of (iii) het 'hybride model', de gevolgen voor het personeel naar verwachting ingrijpend zullen zijn. Het huidige personeel van ProRail zal als ambtenaar moeten worden aangesteld en zal in beginsel moeten deelnemen in de ABP-regeling. Hoewel het denkbaar is dat door middel van omvangrijke 'gelegenheidswetgeving' bewerkstelligd kan worden dat het personeel van ProRail in dienst wordt genomen op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en wordt uitgezonderd van deelname in de ABP-regeling, betreft dit een nagenoeg volledig theoretische mogelijkheid. Dit geldt met name ten aanzien van een afwijking van het uitgangspunt dat het personeel van een agentschap of zbo zonder rechtspersoonlijkheid tot ambtenaar moet worden aangesteld.
- (174) Indien wordt geopteerd voor een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid is het op zichzelf mogelijk om de gevolgen voor de rechtspositie van het personeel van ProRail nagenoeg volledig te beperken. Hiervoor zou eveneens 'gelegenheidswetgeving' zijn vereist, zij het van beperktere omvang dan in de twee hiervoor omschreven scenario's. De vraag is wel in hoeverre zulke 'gelegenheidswetgeving' in de praktijk reëel is, in het bijzonder gelet op het recentere overheidsbeleid om zbo's zo veel als mogelijk te reduceren en te uniformeren. De UWV-casus biedt voor zulke 'gelegenheidswetgeving' weliswaar een precedent, maar opgemerkt wordt dat de UWV-instellingswet dateert uit een periode (2001) waarin meer discussie bestond over de vraag of het wenselijk zou zijn zbo's zo veel als mogelijk te uniformeren of dat het daarentegen juist wenselijk zou zijn om door middel van diversiteit meer maatwerk te kunnen leveren. Toepassing van de 'UWV-aanpak' op ProRail is niet ondenkbaar maar past minder goed binnen het huidige overheidsbeleid met betrekking tot zbo's.

- (175) Indien wordt geopteerd voor (i) het scenario van een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid of (ii) het behoud van de huidige organisatievorm, zal dat geen gevolgen voor de rechtspositie van het personeel (behoeven te) hebben.

4.4. Aanbestedingsrecht

- (176) ProRail is (in haar huidige vorm) een 'speciale-sector bedrijf'⁶⁸ in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Als zodanig is zij aanbestedingsplichtig overeenkomstig hoofdstuk 3 Aanbestedingswet 2012 voor zover zij haar 'nutsactiviteit' uitoefent, zijnde het beschikbaar stellen en exploiteren van netten voor openbaar vervoer per trein (artikel 3.4 van de Aanbestedingswet 2012). Ook voor andere activiteiten is ProRail aanbestedingsplichtig, op grond van het bepaalde in hoofdstuk 2 Aanbestedingswet 2012. Zij kwalificeert namelijk ook als 'aanbestedende dienst' in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.⁶⁹
- (177) De vraag is of dit zou wijzigen als ProRail in het publieke domein wordt gebracht. Aannemelijk is dat als ProRail zou worden omgezet van een besloten vennootschap naar een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid, ProRail een 'speciale-sectorbedrijf' en 'aanbestedende dienst' blijft. Als ProRail zou opgaan in de Staat (als agentschap of als zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid) ligt dit iets gecompliceerder. Bepaalde onderdelen binnen de rechtspersoon de Staat worden wel als afzonderlijke aanbestedende diensten beschouwd, hoewel die onderdelen zelf geen rechtspersoonlijkheid hebben (zoals de diverse ministeries, Rijkswaterstaat, Rijksvastgoedbedrijf, zie voorts bijlage I bij richtlijn 2014/24/EU). Indien zo'n onderdeel, dat een afzonderlijke aanbestedende dienst is, nutsactiviteiten ontplooit, kan dat onderdeel een 'speciale-sector bedrijf' zijn. Voor zover het niet als 'speciale-sectorbedrijf' kwalificeert zal het kwalificeren als 'aanbestedende dienst'. Alle in dit advies beschreven organisatievormen gaan ervan uit dat ProRail een duidelijk te onderscheiden onderdeel van de Staat blijft die een nutsactiviteit blijft uitvoeren. Ook in dat geval is dus aannemelijk dat ProRail een speciale-sector bedrijf blijft en, waar het gaat om andere dan nutsactiviteiten, een aanbestedende dienst.
- (178) Ten slotte is van belang dat op dit moment ProRail partij is bij overeenkomsten die gesloten zijn na een aanbestedingsprocedure. Hierna in paragraaf 4.7 wordt ingegaan op de mogelijkheden om dergelijke overeenkomsten bij Instellingswet van rechtswege over te laten gaan dan wel om dit per overeenkomst in de vorm van een activa-passiva-transactie te doen. Aannemelijk is dat de wijziging in de hoedanigheid van ProRail (van besloten vennootschap naar publiekrechtelijke rechtspersoon) als opdrachtgever onder gesloten overeenkomsten aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar is (dat wil zeggen dat de overeenkomst niet hoeft te worden beëindigd en opnieuw aanbesteed), mits dit bijvoorbeeld niet leidt tot een wijziging van de desbetreffende gegunde opdracht of verschuiving van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer.⁷⁰ Dit moet per

⁶⁸ Speciale-sector bedrijven zijn kort gezegd (i) 'aanbestedende diensten' (o.a. de Staat der Nederlanden, gemeenten, provincies, waterschappen en 'publiekrechtelijke instellingen' in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012), (ii) 'overheidsbedrijven' (kort gezegd bedrijven waarop aanbestedende diensten overheersende invloed uitoefenen) en (iii) houders van bepaalde bijzondere of uitsluitende rechten; doch in alle drie hierboven genoemde gevallen voor zover zij activiteiten binnen de nutssectoren uitoefenen.

⁶⁹ Vgl. B. van den Berg en P.J.A. Castrop en E.J. van Etten-van den Brink, "Aanbesteden bij ProRail", *TA* 2014, afl. 1, p. 15.

⁷⁰ Vgl. artikelen 2.163g en 3.80d Aanbestedingswet 2012.

overeenkomst nader worden beoordeeld. Hiernaast is ook de verdere inhoud van gesloten overeenkomsten van belang. Wijziging van sommige bepalingen kan bijvoorbeeld nodig zijn, zoals de naam of bevoegdheden van contractgemachtigden. Een onderzoek naar de inhoud van de bestaande overeenkomsten voordat tot een eventuele omzetting van ProRail wordt overgegaan is daarom wenselijk.

4.4.1. Tussenconclusie

- (179) ProRail is aanbestedingsplichtig onder de Aanbestedingswet 2012. Aannemelijk is dat ProRail aanbestedingsplichtig zal blijven indien zij wordt omgezet naar een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid dan wel opgaat (als agentschap of zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid) in de Staat. Aannemelijk is ook dat de enkele wijziging in de hoedanigheid van ProRail als opdrachtgever onder gesloten overeenkomsten niet leidt tot een verplichting om die overeenkomsten opnieuw aan te besteden. Dit moet per overeenkomst nader worden beoordeeld. Een onderzoek naar de verdere consequenties voor de bestaande overeenkomsten, voordat tot een eventuele omzetting van ProRail wordt overgegaan, is dan ook wenselijk.

4.5. Fiscaal recht

- (180) Onderstaande fiscale analyse zet in grote lijnen uiteen welke gevolgen verbonden zouden kunnen zijn aan het in het publieke domein brengen van ProRail. Wij hebben ons beperkt tot de volgende belastingen: vennootschapsbelasting, btw, dividendbelasting en overdrachtsbelasting. Gemeentelijke belastingen, andersoortige belastingen, Europeesrechtelijke aspecten en de Spoorwegwet⁷¹ hebben wij buiten beschouwing gelaten. Voorts gaan wij er voor deze analyse vanuit dat ProRail, na in het publieke domein te zijn gebracht, voor toepassing van de vennootschapsbelasting en omzetbelasting zal optreden ter uitoefening van een overheidstaak ('als overheid').⁷² Wij zijn niet bekend met eventuele bestaande afspraken met de Belastingdienst over bijvoorbeeld de toepassing van de Vpb en btw, en hebben deze derhalve niet in onze beschouwing betrokken. Evenmin hebben wij aangiftes (inclusief fiscale balansen en winst- en verliesrekeningen) ingezien en geanalyseerd. Om de fiscale impact van de mogelijke publieke organisatievorm te kunnen bepalen is nader onderzoek van onder andere eventuele afspraken met de Belastingdienst en de fiscale boekhouding van ProRail noodzakelijk.

4.5.1. Vennootschapsbelasting

- (181) ProRail kwalificeert thans als indirecte overheidsonderneming voor toepassing van de

⁷¹ Artikel 125 Spoorwegwet voorziet in bepaalde vrijstellingen (dividendbelasting, btw en overdrachtsbelastingen) voor overdrachten van Railinfratrust B.V. naar de Staat. Voor de eventuele toepassing van dit artikel verwijzen wij naar paragraaf 4.7 van deze analyse.

⁷² Een publiekrechtelijk lichaam handelt 'als overheid' indien zij optreedt ter uitvoering van een bij hogere wetgeving opgedragen taak. Zie ook randnummer (185). Voor zover ProRail voor de toepassing van de vennootschapsbelasting, na een publieke organisatievorm te hebben gekregen, niet optreedt als overheid maar als onderneming, is zij in beginsel belastingplichtig. ProRail zal haar administratie dan moeten splitsen in een vrijgesteld deel en een belaste onderneming. Voor zover ProRail voor toepassing van de btw niet als overheid handelt, maar als btw-ondernemer, is zij (behoudens vrijstellingen) in beginsel verplicht om btw in rekening te brengen over door haar gerekende vergoedingen. Overigens zal ProRail als zij een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid behoudt in beginsel als btw-ondernemer worden aangemerkt – zie echter voetnoot 81 hieronder.

vennootschapsbelasting ("Vpb"). Onder een indirect overheidsbedrijf wordt verstaan een privaatrechtelijk lichaam waarvan het volledige belang en de volledige zeggenschap onmiddellijk of middellijk gelegen is bij uitsluitend een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen.⁷³ Met de huidige rechtsvorm wordt ProRail geacht met haar gehele vermogen een onderneming te drijven en is derhalve Vpb-plichtig.

- (182) Indien ProRail wordt omgezet in een agentschap of zbo zonder rechtspersoonlijkheid, waarbij de B.V. ophoudt te bestaan, betekent dit dat de onderneming in beginsel wordt geacht te zijn gestaakt ('staking' van de onderneming). Er zal fiscaal in beginsel moeten worden afgerekend over alle voordelen waarover nog niet uit anderen hoofde is afgerekend in het kalenderjaar waarin de B.V. ophoudt belastbare winst te genieten ('stakingswinst').⁷⁴ Dit komt erop neer dat de aanwezige stille reserves en vrijval van mogelijke fiscale voorzieningen zullen worden belast tegen 25% Vpb.⁷⁵ De omvang van mogelijke stakingswinst hangt mede af van de huidige fiscale waardering van activa (hoe hoger de fiscale waardering, des te lager de stille reserves) en passiva (te denken valt aan belaste vrijval van fiscale voorzieningen). Overigens zou ProRail in deze gevallen als publiekrechtelijk lichaam in beginsel vrijgesteld zijn van Vpb.⁷⁶
- (183) Er dient in beginsel eveneens eindafrekening plaats te vinden over stakingswinst als de Vpb-plicht van ProRail eindigt door het intreden van de objectvrijstelling voor overheidstaken ('sfeerovergang' van belast naar vrijgesteld).⁷⁷ Deze situatie zou zich kunnen voordoen wanneer ProRail een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid wordt die overheidstaken uitoefent, waarbij de huidige B.V. blijft behouden. Zolang ProRail in dat geval niet *feitelijk* in concurrentie treedt met door andere lichamen of door natuurlijke personen gedreven ondernemingen, zal de objectvrijstelling voor overheidstaken van toepassing zijn en zal ProRail derhalve niet Vpb-plichtig zijn.⁷⁸ Overigens heeft ProRail de optie om deze objectvrijstelling voor overheidstaken op eigen verzoek achterwege te laten, zodat zij toch belast blijft. In dat geval zou er geen sfeerovergang zijn en zou de

⁷³ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34003, MvT, nr. 3, p. 4.

⁷⁴ Op grond van artikel 15d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient afgerekend te worden over de aanwezige stille reserves. De grootte van de stille reserves dient vastgesteld te worden aan de hand van de fiscale balans. Stille reserves zijn, samengevat, aanwezig voor zover de waarde in het economisch verkeer van activa op het moment van staking hoger is dan de fiscale boekwaarde (voor passiva geldt het omgekeerde). Of sprake is van stille reserves bij ProRail zou nader bekeken moeten worden. Bij de waardering van activa zal waarschijnlijk rekening moeten worden gehouden met de bijzondere aard van de activa en de (on)mogelijkheid om deze activa winstgevend te exploiteren.

⁷⁵ Het Vpb-tarief voor 2016 bedraagt 20% voor het belastbare bedrag tot EUR 200.000, daarboven bedraagt het tarief 25%.

⁷⁶ Op grond van artikel 8f(1)(b) van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, blijven ook bij het bepalen van de winst van een *indirecte* overheidsonderneming buiten aanmerking voordelen (positieve dan wel negatieve) behaald met activiteiten verricht in verband met de uitoefening van (geattribueerde of gedelegeerde) overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden van dat lichaam.

⁷⁷ Op grond van artikel 8e(b) van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, blijven bij het bepalen van de winst van een directe of indirecte overheidsonderneming buiten aanmerking voordelen (positieve dan wel negatieve) behaald met activiteiten verricht in verband met de uitoefening van (geattribueerde of gedelegeerde) overheidstaken of publiekrechtelijke bevoegdheden van dat lichaam. Hoewel geen eenduidige omschrijving van het begrip 'overheidstaak' bestaat, vallen de taken die door de Kaderwet zbo's gezien worden als een bij wet opgelegde taak, in beginsel onder het begrip 'overheidstaak'.

⁷⁸ De vrijstelling is niet van toepassing indien met de uitoefening van de overheidstaak of publiekrechtelijke bevoegdheid feitelijk in concurrentie wordt getreden met private ondernemingen.

eindafrekening mogelijk achterwege kunnen blijven (dit is nader te onderzoeken).⁷⁹

- (184) De omvang van eventuele stakingswinst hangt rechtstreeks samen met de huidige fiscale waardering van activa en passiva (zie randnummer 181 hierboven). Deze fiscale waardering van een omvangrijke en kapitaalintensieve organisatie als ProRail is doorgaans complex en kan onderwerp zijn van (langjarige) afspraken met de Belastingdienst, die (deels) teruggaan op de fiscale openingsbalans van ProRail. De vraag of er stakingswinst is en, zo ja, welke omvang deze heeft, zal nader moeten worden onderzocht.

4.5.2. BTW

- (185) ProRail kwalificeert thans naar wij begrijpen als btw-ondernemer en brengt derhalve 6% of 21% btw in rekening voor al haar belaste diensten en leveringen aan zowel I&M als aan derden. Als btw-ondernemer heeft ProRail het recht op vooraftrek, wat betekent dat zij in beginsel de aan haar in rekening gebrachte btw kan verrekenen met ontvangen btw.
- (186) Of ProRail als publieke organisatievorm (agentschap of zbo al dan niet met rechtspersoonlijkheid) nog steeds als btw-ondernemer kwalificeert, moet worden beoordeeld aan de hand van de activiteiten die zij verricht.⁸⁰ Zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke lichamen kunnen worden aangemerkt als btw-ondernemer. Indien een publiekrechtelijk lichaam handelingen verricht ter uitoefening van een overheidstaak ('als overheid'), dan treedt het overheidslichaam in zoverre niet als btw-ondernemer op en is het ontheven van de btw-plicht. Volgens jurisprudentie van het HvJEU is sprake van handelen 'als overheid' wanneer werkzaamheden worden verricht in het kader van het specifiek voor publiekrechtelijke lichamen geldende juridische regime en er geen sprake is van concurrentievervalsingen met andere ondernemers die dezelfde prestaties verrichten, met uitsluiting van de werkzaamheden die zij onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere economische subjecten verrichten. Verricht een publiekrechtelijk lichaam daarnaast ook activiteiten die niet 'als overheid' worden verricht, dan zal voor deze activiteiten moeten worden beoordeeld of sprake is van btw-ondernemerschap en zou het kunnen dat het lichaam voor deze activiteiten wel btw-plichtig is. Gezien de huidige ontwikkelingen in de Europese btw-rechtspraak – waarvan de exacte betekenis voor Nederland nog niet geheel duidelijk is – lijken ook privaatrechtelijke lichamen (zoals een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid) voor toepassing van de btw onder omstandigheden aangemerkt te kunnen worden als publiekrechtelijk lichaam handelend 'als overheid', waardoor zij in zoverre niet als btw-ondernemer zouden kwalificeren.⁸¹
- (187) Voor zover ProRail, na in het publieke domein te zijn gebracht, niet meer kwalificeert als btw-ondernemer (voor zover zij bijvoorbeeld 'als overheid' handelt zonder in concurrentie te

⁷⁹ Artikel 8f(2) van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 biedt de mogelijkheid om te opteren voor belastingheffing.

⁸⁰ Of sprake is van btw-ondernemerschap moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 7(1)(2) van de Wet op de omzetbelasting 1968.

⁸¹ Uit recente jurisprudentie van het HvJEU (Arrest Sadaçor – Sociedade Gestora de Recursos e Equipamentos da Saúde dos Açores SA / Fazenda Pública, C-174/14, EU:C:2015:733) blijkt dat ook een privaatrechtelijke rechtspersoon kan worden aangemerkt als publiekrechtelijk lichaam dat 'als overheid' optreedt, mits er geen mededingingsverstoringen van enige betekenis ontstaan. Hoewel het arrest betrekking had op een Portugese entiteit en het exacte effect op Nederland nog zal moeten worden afgewacht, kan het arrest mogelijk effect hebben voor privaatrechtelijke rechtspersonen in Nederland met een duidelijke publieke taak, zoals bijvoorbeeld DNB.

trede met andere marktpartijen), betekent dit dat ProRail geen btw meer in rekening zal brengen voor haar diensten en leveringen aan zowel I&M, als aan derden. Daartegenover staat dat ProRail in zoverre ook geen recht meer heeft op vooraf trek en zij de aan haar in rekening gebrachte btw niet meer kan verrekenen met ontvangen btw omdat zij feitelijk kwalificeert als 'eindgebruiker' en deze kosten draagt. Voor zover ProRail de aan haar in rekening gebrachte btw (die immers na in het publieke domein te zijn gebracht mogelijk niet langer door haar in vooraf trek kan worden gebracht) doorberekent aan haar afnemers, wordt de prijs van de diensten van ProRail hoger.⁸²

- (188) Wij begrijpen dat overwogen wordt om deze afnemers te compenseren voor deze prijsverhoging. Het is goed mogelijk dat een eventuele compensatie aan deze afnemers als staatssteun kwalificeert. In dat geval is de Nederlandse overheid in beginsel verplicht om de beoogde compensatie eerst aan te melden bij de Europese Commissie. De compensatie kan dan alleen verstrekt worden aan de eindafnemers na goedkeuring door de Europese Commissie. Het is niet op voorhand uitgesloten dat de Europese Commissie een compensatie(regeling) voor deze afnemers goedkeurt. Voor zover deze compensatie bijvoorbeeld beoogt om het treinvervoer toegankelijk te houden voor burgers door te voorkomen dat de afnemers de prijs van treinkaartjes verhogen, zijn er aanknopingspunten om te betogen dat sprake is van een zogeheten dienst van algemeen economisch belang. Een compensatie voor een dergelijke dienst is onder strikte voorwaarden toegestaan. Volledigheidshalve merken wij op dat een toetsing door de Europese Commissie relatief lang kan duren, waarbij een positieve uitkomst niet op voorhand zeker is.
- (189) De overdracht van haar onderneming door ProRail in het kader van de verkrijging van een publieke organisatievorm, kan kwalificeren als een algemeenheid van goederen als bedoeld in artikel 37d van de Wet op de omzetbelasting 1968; alsdan is in beginsel geen btw verschuldigd over de overdracht.⁸³ Voorwaarde voor het buiten toepassing blijven van btw is wel dat de ontvanger van de onderneming kwalificeert als btw-ondernemer. Indien de onderneming wordt overgedragen aan een overheidslichaam (die niet als btw-ondernemer kwalificeert), is de faciliteit uit artikel 37d van de Wet op de omzetbelasting 1968 niet van toepassing en moet voor deze overdracht in beginsel btw in rekening worden gebracht.
- (190) Bovendien geldt voor in het verleden aangeschafte onroerende zaken een herzieningsperiode van negen jaar na afloop van het boekjaar waarin de onroerende zaken zijn aangeschaft. Dit betekent dat onroerende zaken die ProRail in de negen jaren voorafgaande aan het moment waarop zij een publieke organisatiestructuur heeft gekregen, heeft gekocht als btw-ondernemer en waarop btw in vooraf trek is afgetrokken, opnieuw moeten worden beoordeeld. Voor het deel van de herzieningsperiode dat nog niet is verstreken, zal in beginsel alsnog btw afgedragen moeten worden indien en voor zover ProRail niet langer als btw-ondernemer kwalificeert.⁸⁴

⁸² Voor zover ProRail met een publieke organisatiestructuur nog wel als btw-ondernemer zou moeten worden aangemerkt – bijvoorbeeld mogelijk voor de aanleg van infrastructurele werken voor lagere overheden als gemeenten – zou ProRail nog steeds btw in rekening moeten brengen. Als de afnemers lagere overheden zijn, kunnen zij voor deze btw mogelijk compensatie krijgen uit het BTW-compensatiefonds.

⁸³ De overdracht van losse activa kwalificeert niet als 'algemeenheid van goederen', zodat voor dergelijke overdrachten in beginsel btw verschuldigd is.

⁸⁴ Nader dient onderzocht te worden om hoeveel onroerende goederen het gaat en hoeveel btw daarmee gemoeid zou gaan.

4.5.3. Dividendbelasting

- (191) De handeling waarbij ProRail aan de Staat wordt overgedragen zonder tegenprestatie, wordt in principe gezien als een dividenuitkering aan de Staat. De belaste grondslag is in beginsel gelijk aan het bedrag waarmee de waarde in het economisch verkeer van de overgedragen onderneming het fiscaal erkend gestort kapitaal van ProRail overtreft; het toepasselijke tarief is 15%. Een dergelijke overdracht zou in beginsel niet aan de orde zijn als de activiteiten van ProRail worden voortgezet in de huidige B.V. (als privaatrechtelijke zbo). Omdat de Staat zelf niet Vpb-plichtig is, zal de Staat de dividendbelasting kunnen terugvragen bij de Belastingdienst.⁸⁵ Een verzoek tot teruggaaf moet worden gedaan binnen drie jaar na afloop van het jaar van de overdracht. De verplichte afdracht van dividendbelasting zal door ProRail moeten worden gefinancierd tot in ieder geval het moment van de teruggaaf. ProRail zou in overleg kunnen treden met de Belastingdienst of en hoe mogelijke liquiditeits- en rentenadelen gemitigeerd zouden kunnen worden.

4.5.4. Overdrachtsbelasting

- (192) Overdrachtsbelasting tegen het tarief van 6% is verschuldigd over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen. Na het omzetten van ProRail in een agentschap of zbo, al dan niet met rechtspersoonlijkheid, zal ProRail mogelijk zijn vrijgesteld van overdrachtsbelasting.⁸⁶ Indien ProRail en Railinfratrust in het verleden gebruik hebben gemaakt van de overdrachtsbelastingvrijstelling in het kader van een fusie, splitsing of interne reorganisatie, lopen mogelijk nog de herzieningstermijnen van drie jaar, voor zover een overdracht van de desbetreffende onroerende zaken aan de orde is bij het creëren van een publiekrechtelijke organisatievorm.⁸⁷ De overdrachtsbelasting zou alsnog verschuldigd zijn omdat binnen drie jaar na de fusie, splitsing of reorganisatie het belang in ProRail niet meer door Railinfratrust wordt gehouden.⁸⁸

4.5.5. Tussenconclusie

- (193) Uit het voorgaande volgt dat publiek maken van de organisatiestructuur van ProRail de nodige fiscale consequenties met zich kan brengen. Zo zou in beginsel in de vennootschapsbelasting een eindafrekening moeten plaatsvinden over stakingswinst (waarvan de omvang nader te bepalen is). Verder zou ProRail, voor zover zij als publiekrechtelijke organisatievorm voor btw doeleinden als publiekrechtelijk lichaam handelend 'als overheid' wordt aangemerkt, in beginsel niet langer als btw-ondernemer kwalificeren waardoor input btw (op ingekochte producten en diensten) niet langer kan worden teruggevraagd. Ook kan de publieke organisatiestructuur van ProRail leiden tot heffing van overdrachtsbelasting voor zover vrijstellingen voor eerdere (intragroep) og-transacties worden teruggenomen. De exacte impact zal nader onderzocht moeten worden, maar het betalen van belasting vanwege de omvorming van de organisatiestructuur, kan ten

⁸⁵ Artikel 10(5) van de Wet op de dividendbelasting 1965.

⁸⁶ Ingevolge artikel 15(1)(c) van de Wet op de belastingen van rechtsverkeer 1970 zijn overheidslichamen vrijgesteld van overdrachtsbelasting.

⁸⁷ Artikel 15(1)(h) van de Wet op de belastingen van rechtsverkeer 1970.

⁸⁸ Nader dient onderzocht te worden of gebruikt is gemaakt van de reorganisatievrijstelling en hoeveel overdrachtsbelasting daarmee gemoeid zou gaan.

coste gaan van de middelen die ProRail ter beschikking staan voor de uitvoering van haar (publieke) taak.

4.6. **Vennootschapsrecht: Sturing en toezicht door de Staatssecretaris als aandeelhouder**

- (194) De governance van ProRail wordt op dit moment beheerst door Boek 2 van het BW en door de door ProRail vrijwillig toegepaste Code. Verder wordt de governance beheerst door de statuten en de reglementen, die kunnen worden gewijzigd. In het onderstaande geven wij een overzicht van de belangrijkste randvoorwaarden die dit kader stelt aan de relatie tussen de RvB, de RvC en de Staat als aandeelhouder van ProRail.
- (195) Als ProRail in haar huidige vorm zou worden opgeheven dan zouden deze regels niet meer van toepassing zijn. Toch is het zinvol om te zien welke regels, in het bijzonder op het gebied van governance, thans gelden. Het doel van de Staatssecretaris is immers om de sturings- en toezichtmogelijkheden te verbeteren ten opzichte van de huidige situatie. Hieronder worden de regels die gelden voor deze huidige situatie geschetst.
- (196) ProRail is een besloten vennootschap en daarmee een privaatrechtelijke rechtspersoon waarop de vennootschapsrechtelijke bepalingen van Boek 2 van het BW van toepassing zijn. Op grond van artikel 2:239 lid 1 BW en artikel 11.1 van de Statuten is de RvB belast met het besturen van de vennootschap. Het toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in ProRail wordt ingevolge artikel 2:250 lid 2 BW en artikel 15.1 van de Statuten uitgeoefend door de RvC. Evenals de bestuurders dienen de leden van de RvC zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
- (197) De AvA van ProRail benoemt op grond van artikel 11.2 van de Statuten de leden van de RvB uit een bindende voordracht van de RvC van ten minste twee personen voor iedere te vervullen plaats. De AvA benoemt op grond van artikel 16.1 van de Statuten de leden van de RvC op voordracht van de RvC. Voor een derde van het aantal leden van de RvC geldt dat de RvC een door de OR aanbevolen persoon op de voordracht plaatst.
- (198) In vennootschapsrechtelijke zin heeft de AvA recht op door de RvB en de RvC te verstrekken inlichtingen. De Staat mag daarnaast als aandeelhouder ook buiten de AvA om vragen stellen aan de RvB en de RvC, maar alleen tijdens de AvA zijn de RvB en de RvC verplicht de verlangde inlichtingen te verstrekken. Buiten de AvA om *mogen* de RvB en de RvC de gevraagde informatie geven. Onder bijzondere omstandigheden kunnen de RvB en de RvC verplicht zijn om buiten de AvA informatie aan een aandeelhouder te verstrekken, bijvoorbeeld indien de aandeelhouder deze informatie nodig heeft voor het opmaken van de eigen jaarrekening.
- (199) De RvB en de RvC kunnen (tegenover de AvA) alleen weigeren de verlangde inlichtingen te verstrekken indien een 'zwaarwichtig belang van de vennootschap' zich hiertegen verzet. Een beroep op een zwaarwichtig belang behoort een uitzondering te blijven. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien het verstrekken van de verlangde inlichtingen de concurrentiepositie van de onderneming zou schaden. Eventueel zou van een zwaarwichtig belang sprake kunnen zijn indien verstrekking van verlangde inlichtingen zou leiden tot benadeling van de rechtmatige belangen van derden. Indien de RvB en/of de RvC weigeren de door de AvA verlangde inlichtingen te verstrekken zullen zij dit moeten motiveren en waar mogelijk bepalen op welke manier het belang van de AvA wel afdoende kan worden gediend, bijvoorbeeld door de desbetreffende informatie geanonimiseerd of geaggregeerd te

verstrekken. Het recht op inlichtingen van de AvA houdt niet in het recht tot inzage in bescheiden en de AvA beschikt niet over het recht tot het betreden van kantoor- of productielocaties.

- (200) Naast de plicht om de door de AvA verlangde inlichtingen aan de AvA te verstrekken rust er ook een proactieve plicht tot het verstrekken van inlichtingen op de RvB en de RvC. Zij zijn wettelijk verplicht de jaarrekening en het bestuursverslag met bijbehorende documenten te publiceren en ter inzage te leggen vanaf het moment van oproeping van de AvA. Ten slotte verplicht de door ProRail toegepaste Code de RvB en de RvC elk agendapunt voor de AvA voldoende te motiveren en toe te lichten.

4.7. **Privaatrecht: overgang van vermogensbestanddelen ProRail**

- (201) Men verkrijgt goederen ingevolge artikel 3:80 BW onder algemene of onder bijzondere titel. Voor de overdracht van de bestaande de rechten en verplichtingen van ProRail naar een andere organisatie zijn beide mogelijkheden denkbaar, namelijk (i) overgang bij wet in formele zin en/of bij koninklijk besluit (overgang onder algemene titel), en (ii) een zogenaamde 'activa-passiva-transactie' (overgang onder bijzondere titel).
- (202) Bij de eerste mogelijkheid wordt bij wet in formele zin (bijvoorbeeld de Instellingswet) bepaald dat alle bestaande rechten en verplichtingen aan de Staat (bij een agentschap of zbo zonder rechtspersoonlijkheid) of de zbo met rechtspersoonlijkheid worden overgedragen, waarna ProRail zal worden ontbonden en vereffend. Een voorbeeld waar dit eerder is gebeurd is de overgang van de Kamer van Koophandel ("KvK") van een vereniging naar een zbo.⁸⁹ Een alternatief voor de Instellingswet is dat mede gebruik wordt gemaakt van artikel 125 Spoorwegwet, welk artikel bepaalt dat bij Koninklijk Besluit ("KB") alle vermogensbestanddelen van Railinfratrust om niet aan de Staat kunnen worden overgedragen.
- (203) Ongeacht of alleen een wet in formele zin wordt gebruikt, of ook een KB op grond van de Spoorwegwet, het resultaat is hetzelfde. Namelijk dat alle activa en passiva worden overgedragen aan de Staat zonder dat hiervoor een privaatrechtelijke overeenkomst vereist is waarin alle over te dragen activa- en passiva specifiek moeten worden benoemd.
- (204) Een dergelijke privaatrechtelijke overeenkomst is uiteraard ook een mogelijkheid om de activa- en passiva van ProRail over te dragen (optie ii). In het kader van de op te stellen overeenkomst moeten alle vermogensbestanddelen worden geïdentificeerd. Wij hebben begrepen dat ProRail op dit moment vele duizenden overeenkomsten heeft. Het zal dan ook bewerkelijk zijn om op deze wijze alle rechten en verplichtingen van ProRail in juridische en economische eigendom over te dragen. In dat geval zal immers bijvoorbeeld van al deze overeenkomsten moeten worden beoordeeld of zij overdraagbaar zijn en of voor deze overdracht toestemming van de wederpartij nodig is.
- (205) Met een activa-passiva-overdracht kan aanzienlijke tijd gemoeid zijn. Bovendien is de vraag wat er zou gebeuren als op basis van een zogenaamde 'due diligence' I&M zou besluiten bepaalde overeenkomsten niet over te nemen of als een derde geen toestemming geeft voor de overdracht. In dat geval zouden er rechten en verplichtingen achterblijven in de huidige BV. Als de Staatssecretaris de transitiekosten en –duur zo laag mogelijk wil houden, ligt een overgang onder algemene titel dan ook meer in de rede. Toch verdient dit

⁸⁹ Vgl. artikelen 75 en 76 KvK-wet.

voordeel enige nuancering. Bij de overgang onder algemene titel gaan *in beginsel* alle activa en passiva over. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar en kunnen ook onder algemene titel overgaan (artikel 3:83 lid 1 BW). Evenwel zijn niet alle vermogensbestanddelen voor overgang onder algemene titel vatbaar. Denk aan overeenkomsten waarin een *change-of-controlbepaling* is opgenomen zoals het beding dat de toestemming van de wederpartij is vereist (zie artikel 6:249 BW). Verder kan een beding zoals bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW in de weg staan aan de overgang van vorderingsrechten. Bij overgang onder algemene titel moet dus (in de praktijk) evengoed onderzocht worden of alle vermogensbestanddelen overgaan.

- (206) Ten slotte merken wij op dat het onduidelijk is hoe de overdracht van de activa- en passiva van ProRail zou plaatsvinden in het hybride model. Indien de zbo geen rechtspersoonlijkheid zou bezitten zouden alle activa- en passiva van ProRail aan de Staat kunnen worden overgedragen onder algemene titel (bij wet in formele zin) in de instellingswet aangaande de zbo en de agentschap. De Staat zal vervolgens moeten bepalen welke van deze activa- en passiva worden ondergebracht bij de zbo en welke bij de agentschap. Indien zou worden gekozen voor een zbo met rechtspersoonlijkheid en een agentschap, waartussen de taken en daarmee de activa- en passiva van ProRail zouden moeten worden verdeeld, dan zou het in beginsel niet mogelijk zijn deze activa- en passiva onder algemene titel over te dragen, tenzij in (een bijlage van) de instellingswet uiteengezet zou worden welke activa- en passiva zouden worden overgedragen aan de zbo en welke aan het agentschap. Een mogelijkheid zou ook zijn om ProRail de specifieke activa en passiva te laten overdragen aan enerzijds de zbo en anderzijds het agentschap middels een privaatrechtelijke overeenkomst met als titel koop. Een dergelijke overdracht zou uiteraard een stuk bewerkelijker zijn dan een overdracht aan een enkele rechtspersoon onder algemene titel.

5. **IN HOEVERRE KOMT DE AGENTSCHAP TEGEMOET AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE RANDVOORWAARDEN**

- (207) In paragraaf 1.1.1 is een aantal randvoorwaarden geformuleerd die de Staatssecretaris van belang acht bij de uitvoering van haar voornemen om ProRail in het publieke domein te brengen. Hierna zal worden gezien in hoeverre een agentschap volgens ons tegemoet kan komen aan deze randvoorwaarden.

(A) *Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris*

- (208) Met een agentschap kan de Staatssecretaris van alle vormen de meeste directe sturing geven aangezien het dan haar eigen dienst betreft die hiërarchisch ondergeschikt is aan de Staatssecretaris. Aan deze randvoorwaarde wordt dan ook – in ieder geval in theorie – voldaan. Wel kan hierbij de kanttekening worden gemaakt dat de praktijk heeft geleerd dat de controle van een Minister op haar eigen ambtenaren niet altijd onproblematisch is en dat projecten die door een agentschap worden gerealiseerd altijd probleemloos verlopen.⁹⁰ De vraag is dan ook of de sturings- en controlemogelijkheden die de Staatssecretaris zou opgeven (via het beëindigen van de instrumenten van de concessie en subsidie⁹¹) ten gunste

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/06/09/wie-wil-er-nog-bouwen-voor-rijkswaterstaat-a1496226>.

⁹¹ Bestaande uit onder meer de mogelijkheid om de concessie en subsidie in te trekken als niet aan de daarin opgenomen verplichtingen wordt voldaan; de aan de concessie verbonden malusregeling; en de in de concessie opgenomen inlichtingen-, inzage- en verantwoordingsverplichtingen.

van de sturingsmogelijkheden bij een agentschap, ook in de praktijk zullen leiden tot betere sturings- en controlemogelijkheden.

(B) *Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer*

- (209) Ook voor deze randvoorwaarde geldt dat daaraan voldaan wordt, althans in theorie. De Staatssecretaris is immers politiek verantwoordelijk voor haar eigen agentschap. De uitkomsten van de Fyra-enquête (maar ook andere recente incidenten⁹²) laten immers zien dat ook binnen een ministerie fouten kunnen worden gemaakt en dat de Tweede Kamer niet altijd tijdig en juist wordt geïnformeerd. Bovendien wijst de praktijk uit dat de Tweede Kamer zich op dit moment ook vrij acht om de Staatssecretaris (als concessie- en subsidieverlener en aandeelhouder) in de Kamer ter verantwoording te roepen als het de werkzaamheden van ProRail betreft.

(C) *Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer*

- (210) Een agentschap staat het verst af van de huidige status quo. Dat betekent dat zowel de praktische als juridische gevolgen het grootst zullen zijn. In het bijzonder wijzen wij in dit verband op de benodigde wijziging van de huidige wetgeving. De huidige systematiek van concessieverlening kan immers niet worden voortgezet omdat de Staatssecretaris in dat geval periodiek aan zichzelf een concessie zou verlenen. Het omvormen van ProRail tot een agentschap zonder dat eerst de Spoorwegwet wordt herzien is dan ook niet mogelijk.
- (211) Daarbij is ook van belang dat de Minister in haar Herbezinningsbrief uit 2001 al als nadeel van een ambtelijke overheidsorganisatie benoemde dat het voorgestelde wettelijke systeem inflexibel werd, omdat "*de relaties tussen betrokkenen ten principale publiekrechtelijk van aard waren, en dus op detailniveau in wetten en AMvB's moest worden vastgelegd*". Dit risico van inflexibiliteit geldt nog onverkort en kan ten koste gaan van de primaire taak.
- (212) Ook de managementvraagstukken die de Minister in haar Herbezinningsbrief als nadeel benoemde, spelen hier: "*de overgang naar de overheid van het infrastructuurmanagement – sinds jaar en dag een in Utrecht gevestigd bedrijf – gepaard gaat met grote managementvraagstukken. Deze vragen veel tijd en energie, die niet aan de kerntaak – zorg voor een maximaal beschikbare en benutte infrastructuur – kan worden besteed*." Een dergelijke transitie kan bovendien ook leiden tot onduidelijkheid bij de betrokken stakeholders en in die zin afleiden van de uitvoering van de primaire taak.

(D) *De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden*

- (213) Zoals gesteld staat een agentschap het verst af van de huidige status quo waardoor de transitiekosten het hoogst zullen zijn. Een deel van de in gang gezette organisatorische verbeteringen zal niet worden voortgezet in een agentschap, omdat zij niet relevant zijn voor een agentschap. Deze organisatievorm zal dus gevolgen hebben voor de uitvoering van de in gang gezette verbeteringen. Bovendien zal elke vorm van reorganisatie aandacht van het bestuur en de directie van ProRail vragen. Dit zal leiden tot afleiding binnen de organisatie van de kerntaak en daarmee een negatief effect hebben op het verder doorvoeren

⁹² Zie bijvoorbeeld de recente 'onder curatele stelling' van de Belastingdienst (<https://fd.nl/economie-politiek/1170992/wiebes-stelt-belastingdienst-onder-curatele>).

van de in gang gezette verbeteringen.

(E) De reizigers mogen er niet onder lijden

- (214) Zoals gesteld staat een agentschap het verst af van de huidige status quo waardoor de transitiekosten het hoogst zullen zijn. Niet uitgesloten is dat dit gevolgen zal hebben voor de uitvoering van de taken van ProRail en daarmee voor de reizigers. Gevreesd moet worden dat met name de fiscale gevolgen (btw), maar ook de gevolgen van een reorganisatie in het algemeen, financiële consequenties zullen hebben. Als deze kosten worden doorberekend aan de spoorwegondernemingen, kan dit uiteindelijk ook tot gevolg hebben dat de kosten van een treinreis voor de reiziger hoger worden. Mocht de Staatssecretaris een vorm van compensatie overwegen dan zal deze compensatie aan de staatssteunregels moeten voldoen.

(F) De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (215) Voor de spoorwegondernemingen zal sprake zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie, omdat de huidige horizontale relatie (die tot uiting komt in de onderhandelingen over de toegangsovereenkomsten) vervangen wordt voor een verticale relatie tussen een bestuursorgaan en onderneming.
- (216) In 2001 benoemde de Minister in haar Herbezinningsbrief al als nadeel van een ambtelijke overheidsorganisatie dat de afstand tussen de infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen sterk zou worden vergroot: *"Een primaire eis aan wetgeving is dat deze juist een conflictarme omgeving bewerkstelligt. De ontstane relatie tussen overheid, infrabeheerder en vervoerders werkt conflicten in de hand en betreft te vaak directe overheidsbetrokkenheid bij elementen van dagelijkse bedrijfsvoering. De communicatie tussen vervoerder en infrabeheerder ging nu met het oog op de in het voorgestelde systeem te ontstane verantwoordelijkheden steeds meer via de overheid lopen. In een dergelijke onheldere omgeving ontstaat het risico dat iedereen naar de ander kijkt om in beweging te komen. Vaak is het moeilijk de verantwoordelijkheid eenduidig toe te wijzen aan een enkele partij; laat staan dat de verantwoordelijke partij ook het beste is uitgerust om dat probleem te beheersen. Infrabeheerder en vervoerders moeten samen het primaat hebben en niet het overheidsapparaat."* Dit risico kan nu weer ontstaan.
- (217) In 2008 werd dit nadeel in het kader van de evaluatie van de wet nog door het Kabinet herhaald: *"Ten eerste is het van belang dat de dagelijks intensieve samenwerkingsrelatie met vervoerders niet doorbroken wordt door zo'n forse organisatorische maatregel. Spoorvervoer is in tegenstelling tot wegvervoer een gesloten voertuiggeleid systeem waarbij het uit oogpunt van veiligheid en optimale benutting van groot belang is dat de beheerder en de vervoerders dagelijks goed en intensief met elkaar samenwerken. (...) De derde overweging van het kabinet is dat uit de evaluatie blijkt dat de samenwerking tussen ProRail en de vervoerders de afgelopen jaren is verbeterd en dat daarmee de doelstelling voor de samenwerking van de herbezinning is gerealiseerd. Ook de verbeterde prestaties van de afgelopen jaren geven aan dat de samenwerking tussen de vervoerders en de beheerder werkt. Daarnaast zijn gedurende de evaluatie uit de sector geen signalen naar voren gekomen dat de huidige ordening een fundamentele herziening vereist."*
- (218) Ook in 2014 in de LTSa2 hierover opgemerkt: *"het dichterbij halen van ProRail brengt betere samenwerking tussen ProRail en vervoerders niet direct dichterbij, terwijl dit*

nu juist de sleutel is tot betere prestaties."

- (219) De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de vermeende voordelen van hiërarchische sturing door de Staatssecretaris thans wel opwegen tegen deze fundamentele wijziging van de relatie tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen.

(G) De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (220) Voor de relatie met de aannemers is van belang dat ProRail lopende overeenkomsten met aannemers heeft. Deze overeenkomsten zijn na een aanbesteding tot stand gekomen. De aanbestedingsrechtelijke consequenties lijken beperkt, mits wordt voldaan aan het kader zoals geschetst in paragraaf 4.4, waarbij met name van belang is dat geen sprake mag zijn van een materieel verschil van de betreffende gegunde opdracht of verschuiving van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Daarnaast zal aandacht moeten worden besteed aan de wijze van overgang van deze overeenkomsten onder algemene of bijzondere titel (paragraaf 4.7) aangezien de contracterende partij wijzigt van ProRail naar de Staat. Als alle contracten één-voor-één zullen worden beoordeeld en worden overgedragen dan zal dit tijd kosten en zullen de transitiekosten hoog zijn.

(H) Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk

- (221) Het 'agentschap-scenario' heeft ingrijpende gevolgen voor de rechtspositie van het personeel van ProRail. Indien wordt geopteerd voor dit scenario zullen de arbeidsovereenkomsten van het personeel met ProRail moeten worden beëindigd en zullen de werknemers tot ambtenaar moeten worden aangesteld.

- (222) Vanuit een procedureel oogpunt zal de rechtspositie van het personeel van ProRail in die zin worden beïnvloed dat het civiele arbeidsrecht niet langer op hen van toepassing zal zijn; rechtsbescherming in arbeidsgeschillen zal dan ook niet langer (kunnen) worden geboden door de civiele rechter. Het huidige personeel van ProRail zal in de toekomst, als ambtenaar, 'arbeidsgeschillen' moeten voorleggen aan de bestuursrechter. Zulke arbeidsgeschillen vloeien immers voort uit eenzijdige rechtshandelingen van het bevoegd gezag die de rechtspositie van een ambtenaar raken. Tegen een besluit (in de zin van de Awb) die de rechtspositie van de ambtenaar raakt, staan in beginsel de rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep open.

- (223) Hoewel wij de ProRail cao en de individuele arbeidsovereenkomsten van de ProRail werknemers niet één-op-één hebben vergeleken met de materiële rechtspositie van ambtenaren zoals neergelegd in het dwingende publiekrechtelijke kader van de AW, het ARAR, onderliggende besluiten/regelingen en beleidsregels, moet worden vastgesteld dat arbeidsvoorwaarden die onverenigbaar zijn met het publiekrechtelijke kader niet kunnen worden 'meegenomen' naar een ambtelijke aanstelling. Een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van ProRail werknemers kan dus niet worden uitgesloten. Als sprake is van een wijziging van een arbeidsovereenkomst naar een ambtelijke aanstelling en/of daarbij sprake is van een 'aanmerkelijke' verslechtering van arbeidsvoorwaarden, kan de werknemer, indien sprake is van overgang van onderneming, zijn arbeidsovereenkomst opzeggen. De opzegging zal alsdan geacht worden een beëindiging op initiatief van de werkgever te zijn, waardoor de werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding.

- (224) Voor wat betreft pensioen zal het ProRail personeel in de toekomst, als ambtenaar, in beginsel moeten deelnemen in de ABP-regeling. Dat leidt aldus tot verschillen in de pensioensituatie voor en na de aanstelling tot ambtenaar. Indien aan twee vereisten wordt voldaan – te weten: (i) de restrictieve uitzonderingsgrond van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder j, van de WPA en (ii) het 'vetorecht' van het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP – kunnen de 'ProRail ambtenaren' eventueel worden uitgezonderd van deelname. Op het eerste gezicht is voor continuering van de deelname in het SPF in dat geval nadere besluitvorming van het SPF bestuur vereist. Wij kunnen thans niet inschatten in hoeverre het bestuur bereid is mee te werken aan zulke besluitvorming noch welke kosten daarmee zouden zijn gemoeid. Indien niet aan de vereisten wordt voldaan, zal het huidige personeel van ProRail in de toekomst moeten deelnemen in het ABP. Gelet op de op dit moment lage(re) dekkingsgraad van het ABP heeft dat mogelijk negatieve gevolgen voor de werknemers (bijvoorbeeld: risico op korting en verlies aan indexatieperspectief). Vanwege de lage dekkingsgraad van het ABP is een collectieve waardeoverdracht van SPF naar ABP op dit moment bovendien niet mogelijk.

(I) Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen

- (225) Een van de randvoorwaarden van de Staatssecretaris is dat voldaan wordt aan het huidige Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's. Een agentschap past het best binnen dit beleid dat immers uitgaat van "agentschap, tenzij". Daarbij is wel van belang dat het Kabinetsbeleid uitgaat van het uitgangspunt dat alle agentschappen zoveel mogelijk geüniformeerd moeten worden. Gelet op de Europese wet- en regelgeving (zie hierna onder (J)) is het echter de vraag of hieraan voldaan kan worden.
- (226) Daarnaast wordt er in dit verband ook op gewezen dat de huidige vormgeving van ProRail ook in lijn is met het Deelnemingenbeleid. Er bestaat geen hiërarchie tussen de twee beleidsdocumenten. De Staatssecretaris zal dan ook moeten motiveren waarom zij thans wil afwijken van hetgeen in het Deelnemingenbeleid is opgenomen over de noodzaak om ProRail als beleidsdeelneming te handhaven.
- (227) Ten slotte wijzen wij erop dat het voornemen van de Staatssecretaris in strijd is met het recente LTSa2-beleid waarin het spoorwegbeleid voor de komende jaren is vastgelegd. Vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur is de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders erop mochten en mogen vertrouwen dat de Staatssecretaris uitvoering zou geven aan dit beleid en niet tussentijds zou overgaan tot een grote stelselwijziging.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (228) Artikel 4 lid 2 van Richtlijn 2012/34/EU bepaalt dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk is "voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle" en hierbij het heffings- en toewijzingskader en de specifieke regels die door de lidstaten zijn opgesteld, in acht neemt. Een agentschap is een onderdeel van een ministerie. Moeilijk voorstelbaar is dat daarmee aan deze onafhankelijkheidsvoorwaarde wordt voldaan.
- (229) Daar komt nog bij dat als ProRail een agentschap zou worden, zowel de infrastructuurbeheerder als de veiligheidsinstantie onderdeel zouden worden van hetzelfde ministerie. De positie van ILT als onafhankelijke toezichthouder op de infrastructuurbeheerder kan hiermee in gevaar komen.

(230) Ook wijzen wij in dit verband op het feit dat de richtlijnen ervan uitgaan dat overeenkomsten worden gesloten met de spoorwegondernemingen. Bij een agentschap zou in dat geval de Staat deze overeenkomsten sluiten. Juist als ProRail in het publieke domein wordt gebracht, ligt het echter in de rede dat de Staatssecretaris een toegangsbesluit zou verlenen.⁹³ Het verlenen of weigeren van toegang op grond van de Spoorwegwet door een bestuursorgaan, heeft immers publiekrechtelijk rechtsgevolg. Het is echter de vraag of dit in overeenstemming is met de tekst en ratio van de Europese richtlijnen.

(231) Het is wellicht mogelijk om aan al deze Europeesrechtelijke bezwaren (gedeeltelijk) tegemoet te komen door extra onafhankelijkheidswaarborgen in te bouwen, maar in dat geval is het de vraag of nog wel sprake is van een agentschap zoals bedoeld in het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's. Als enerzijds een groot aantal bijzondere maatregelen getroffen moet worden om de onafhankelijkheid te kunnen garanderen terwijl anderzijds juist het doel van de hervorming is om meer sturing en controle te kunnen krijgen, dan is daarmee eigenlijk gegeven dat de vorm van agentschap ongeschikt is om te kunnen voldoen aan de (bedoeling van de) Europese richtlijnen.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

(232) In 2001 benoemde de Minister in haar Herbeziningsbrief al een aantal nadelen van een ambtelijke overheidsorganisatie, waaronder dat de overheid mede aansprakelijk zou worden voor de dagelijkse vervoersprestaties. Het omzetten van wissels zou daarmee een publieke taak worden, net als het inplannen van beheer en onderhoud op concrete baanvakken.

(233) Ook nu zijn de werkzaamheden van ProRail grotendeels feitelijk van aard. Deze werkzaamheden worden, zo is uit de evaluaties gebleken, goed en steeds beter verricht. Het is dan ook de vraag of deze werkzaamheden door een publieke organisatievorm zullen verbeteren. Een grote reorganisatie zal gevolgen hebben voor deze feitelijke werkzaamheden en kan daarmee het vakmanschap in gevaar brengen. Daarnaast kunnen bedrijfsmatige prikkels die voor een onderneming gelden (bijvoorbeeld lage kosten, efficiency doelstellingen) verloren gaan in een publieke organisatie.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en -kosten

(234) Hiervoor zijn al de transitiekosten benoemd die aan de orde zijn voor met name het personeel (de arbeidsovereenkomsten van het personeel zullen moeten worden beëindigd en de werknemers zullen tot ambtenaar moeten worden aangesteld) en de spoorwegondernemingen (de horizontale samenwerking wordt vervangen voor een verticale relatie). In aanvulling daarop wordt nog gewezen op de fiscale gevolgen.

(235) Met betrekking tot de transitieperiode is van belang dat voor de omvorming tot agentschap een wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is. De transitieperiode is dan ook lang. Daarnaast geldt dat een overgang onder algemene titel in de rede ligt, maar dat als gekozen zou worden voor een activa-passiva-transactie (waarbij duizenden contracten stuk voor stuk overgedragen zouden moeten worden) dit aanzienlijke tijd en kosten met zich zou brengen.

(236) Gesteld kan dan ook worden dat de volgende overweging uit de LTSa2 nog altijd onverkort

⁹³ In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Spoorwegwet (waarin een zelfstandig bestuursorgaan zou worden opgericht) was dit ook het uitgangspunt. Pas met de 4^e NvW (waarin alsnog gekozen werd de privaatrechtelijke rechtsvorm te handhaven) werd de toegangsovereenkomst in de wet geïmplementeerd.

geldt: "Een (jarenlang) reorganisatieproces is ongewenst en het is bovendien onzeker of dit tot betere prestaties leidt."

6. IN HOEVERRE KOMT DE ZBO ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID TEGEMOET AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE RANDVOORWAARDEN?

(237) In paragraaf 1.1.1 is een aantal randvoorwaarden geformuleerd die de Staatssecretaris van belang acht bij de uitvoering van haar voornemen om ProRail in het publieke domein te brengen. Hierna zal worden gezien in hoeverre een zbo zonder rechtspersoonlijkheid volgens ons tegemoet kan komen aan deze randvoorwaarden.

(A) Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris

(238) Als op ProRail als zbo de Kaderwet zbo's van toepassing zou worden verklaard dan zijn de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris kleiner dan bij een agentschap, maar nog altijd groot. Zo moet een zbo desgevraagd aan de Minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen verstrekken (artikel 20), kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zbo (artikel 21) en kan de Minister besluiten van een zbo vernietigen (artikel 22). Aandachtspunt is wel of het toepassen van al deze bevoegdheden in overeenstemming met de Europeesrechtelijke onafhankelijkheidseisen is (zie onder (J)).

(239) Aan de andere kant zullen met de introductie van de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's de huidige sturingsmogelijkheden (met name via de concessie- en subsidieverlening⁹⁴) komen te vervallen. Juist omdat (ook) een zbo op afstand is geplaatst van de Staatssecretaris, is het de vraag of de sturingsmogelijkheden wel zo veel groter worden dan thans het geval is en of niet eerst nader onderzocht zou moeten worden of de huidige sturingsmogelijkheden wel optimaal worden benut.

(240) Wij wijzen er daarnaast op dat het uitgangspunt van de Kaderwet zbo's is dat de zbo met "openbaar gezag" is bekleed. Op dit moment wordt ProRail niet aangemerkt als een vennootschap die openbaar gezag uitoefent. Dat betekent dat als ProRail openbaar gezag zou krijgen, sprake zal zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Van een situatie waarbij ProRail 'slechts' in mandaat (namens de minister) beslissingen neemt (dan wel civielrechtelijke overeenkomsten sluit), ontstaat een situatie waarbij ProRail openbaar gezag gaat uitoefenen. Mocht het niet de bedoeling van de Staatssecretaris zijn om aan ProRail openbaar gezag toe te kennen dan zou (een deel van de bepalingen van) de Kaderwet zbo's van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard. Als dat niet het geval zou zijn, dan zou een uitzondering worden gemaakt op het uitgangspunt neergelegd in het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's om alle zbo's zo veel mogelijk te uniformeren door de Kaderwet juist wel op alle zbo's van toepassing te laten zijn. Uitgaande van een situatie waarbij de Kaderwet zbo's op ProRail van toepassing zal worden, moet worden geconstateerd dat de gevolgen van het voornemen van de Staatssecretaris groot zullen zijn, omdat de huidige sturingsmogelijkheden zullen vervallen en worden vervangen door geheel nieuwe instrumenten waarmee nog geen ervaring is opgedaan.

⁹⁴ Bestaande uit onder meer de mogelijkheid om de concessie en subsidie in te trekken als niet aan de daarin opgenomen verplichtingen wordt voldaan; de aan de concessie verbonden malusregeling; en de in de concessie opgenomen inlichtingen-, inzage- en verantwoordingsverplichtingen.

(B) Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer

- (241) Een zbo valt niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid van een bewindspersoon, waardoor de controlemogelijkheden kleiner zijn dan bij een agentschap, maar nog altijd groter dan in het geval van aandeelhouderschap (althans in theorie, zie ook de nuancering onder 5(A) en 5(B)). Door de beperking van de bevoegdheden van ministers ten opzichte van zbo's is sprake van een beperking van de mogelijkheid tot parlementaire controle. Juist om de democratische controle mogelijk te houden is de Kaderwet zbo's gekomen. Deze wet beoogt de Staatssecretaris en de Tweede Kamer dan ook voldoende sturingsmogelijkheden te geven. Om aan deze randvoorwaarde te kunnen voldoen is het dus wenselijk dat als ProRail een zbo zou worden op haar de Kaderwet zbo's van toepassing zou zijn en hier geen uitzonderingen op worden gemaakt. Dit moet dan wel weer passen binnen de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese richtlijnen (waarop hierna onder j wordt ingegaan).

(C) Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer

- (242) Uitgangspunt van een zbo is dat in een bijzondere wet (de Spoorwegwet) een zbo expliciet wordt benoemd en dat daaraan bevoegdheden worden toegekend. Wij gaan er dan ook van uit dat voordat de zbo zal worden opgericht de Spoorwegwet gewijzigd zal worden. Hetgeen hiervoor onder 5(C) bij het agentschap is gesteld over de onduidelijkheid die bij dergelijke transitie kan ontstaan bij de betrokken stakeholders, geldt ook voor een zbo. Deze transitie kan afleiden van de uitvoering van de primaire taak.

(D) De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden

- (243) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(D)). De reorganisatie die nodig is om tot een zbo te komen zal aandacht van het bestuur en de directie van ProRail vragen. Dit zal leiden tot afleiding binnen de organisatie van de kerntaak en daarmee een negatief effect hebben op het verder doorvoeren van de in gang gezette verbeteringen.

(E) De reizigers mogen er niet onder lijden

- (244) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(E)). Gevreesd moet worden dat met name de fiscale gevolgen (btw), maar ook de gevolgen van een reorganisatie in het algemeen, financiële consequenties zullen hebben. Als deze kosten worden doorberekend aan de spoorwegondernemingen, kan dit uiteindelijk ook tot gevolg hebben dat de kosten van een treinreis voor de reiziger hoger worden. Mocht de Staatssecretaris een vorm van compensatie overwegen dan zal deze compensatie aan de staatssteunregels moeten voldoen.

(F) De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (245) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(F)). Voor de spoorwegondernemingen zal sprake zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie, omdat de huidige horizontale relatie (die tot uiting komt in de onderhandelingen over de

toegangsovereenkomsten) vervangen wordt voor een verticale relatie tussen een bestuursorgaan en onderneming.

- (246) In 2001 benoemde de Minister in haar Herbezinningsbrief al als nadeel van een ambtelijke overheidsorganisatie dat de afstand tussen de infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen sterk zou worden vergroot en dat een verticale relatie tussen overheid, infrabeheerder en vervoerders conflicten in de hand werkt en te vaak directe overheidsbetrokkenheid bij elementen van dagelijkse bedrijfsvoering betreft: "*In een dergelijke onheldere omgeving ontstaat het risico dat iedereen naar de ander kijkt om in beweging te komen.*" Dit risico kan nu weer ontstaan. Kortom: "*Infrabeheerder en vervoerders moeten samen het primaat hebben en niet het overheidsapparaat.*" In 2008 en 2014 is dit nadeel in het kader van de evaluatie van de wet en de LTSa2 nog door het Kabinet herhaald: "*het dichterbij komen van ProRail brengt betere samenwerking tussen ProRail en vervoerders niet direct dichterbij, terwijl dit nu juist de sleutel is tot betere prestaties.*" De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de vermeende voordelen van een zbo thans wel opwegen tegen deze fundamentele wijziging van de relatie tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen.

(G) *De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

- (247) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(G)). De overeenkomsten tussen ProRail en haar aannemers zijn na een aanbesteding tot stand gekomen. De aanbestedingsrechtelijke consequenties lijken beperkt, mits wordt voldaan aan het kader zoals geschetst in paragraaf 4.4, waarbij met name van belang is dat geen sprake mag zijn van een materieel verschil van de betreffende gegunde opdracht of verschuiving van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Daarnaast zal aandacht moeten worden besteed aan de wijze van overgang van deze overeenkomsten onder algemene of bijzondere titel (paragraaf 4.7) aangezien de contracterende partij wijzigt van ProRail naar de Staat. Als alle contracten één-voor-één zullen worden beoordeeld en worden overgedragen dan zal dit tijd kosten en zullen de transitiekosten hoog zijn.

(H) *Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk*

- (248) De gevolgen voor de rechtspositie van het personeel van ProRail zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(H)). De gevolgen voor de rechtspositie van het personeel van ProRail zullen ingrijpend zijn. Indien wordt geopteerd voor dit scenario zullen de arbeidsovereenkomsten van het personeel met ProRail moeten worden beëindigd en zullen de werknemers tot ambtenaar moeten worden aangesteld.
- (249) Vanuit een procedureel oogpunt zal de rechtspositie van het personeel van ProRail in die zin worden beïnvloed dat het civiele arbeidsrecht niet langer op hen van toepassing zal zijn; rechtsbescherming in arbeidsgeschillen zal dan ook niet langer (kunnen) worden geboden door de civiele rechter. Het huidige personeel van ProRail zal in de toekomst, als ambtenaar, 'arbeidsgeschillen' moeten voorleggen aan de bestuursrechter. Zulke arbeidsgeschillen vloeien immers voort uit eenzijdige rechtshandelingen van het bevoegd gezag die de rechtspositie van de ambtenaar raken. Tegen een besluit (in de zin van de Awb) die de rechtspositie van de ambtenaar raakt, staan in beginsel de rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep open.

- (250) Hoewel wij de ProRail cao en de individuele arbeidsovereenkomsten van de ProRail werknemers niet één-op-één hebben vergeleken met de materiële rechtspositie van ambtenaren zoals neergelegd in het dwingende publiekrechtelijke kader van de AW, het ARAR, onderliggende besluiten/regelingen en beleidsregels, moet worden vastgesteld dat arbeidsvoorwaarden die onverenigbaar zijn met het publiekrechtelijke kader niet kunnen worden 'meegenomen' naar een ambtelijke aanstelling. Een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van ProRail werknemers kan dus niet worden uitgesloten. Als sprake is van een wijziging van een arbeidsovereenkomst naar een ambtelijke aanstelling en/of daarbij sprake is van een 'aanmerkelijke' verslechtering van arbeidsvoorwaarden, kan de werknemer, indien sprake is van overgang van onderneming, zijn arbeidsovereenkomst opzeggen. De opzegging zal alsdan geacht worden een beëindiging op initiatief van de werkgever te zijn, waardoor de werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding.
- (251) Voor wat betreft pensioen zal het ProRail personeel in de toekomst, als ambtenaar, in beginsel moeten deelnemen in de ABP-regeling. Dat leidt aldus tot verschillen in de pensioensituatie voor en na de aanstelling tot ambtenaar. Indien aan twee vereisten wordt voldaan – te weten: (i) de restrictieve uitzonderingsgrond van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder j, van de WPA en (ii) het 'vetorecht' van het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP – kunnen de 'ProRail ambtenaren' eventueel worden uitgezonderd van deelname. Op het eerste gezicht is voor continuering van de deelname in het SPF in dat geval nadere besluitvorming van het SPF bestuur vereist. Wij kunnen thans niet inschatten in hoeverre het bestuur bereid is mee te werken aan zulke besluitvorming noch welke kosten daarmee zouden zijn gemoeid. Indien niet aan de vereisten wordt voldaan, zal het huidige personeel van ProRail in de toekomst moeten deelnemen in het ABP. Gelet op de op dit moment lage(re) dekkingsgraad van het ABP heeft dat mogelijk negatieve gevolgen voor de werknemers (bijvoorbeeld: risico op korting en verlies aan indexatieperspectief). Vanwege de lage dekkingsgraad van het ABP is een collectieve waardeoverdracht van SPF naar ABP op dit moment bovendien niet mogelijk.
- (I) Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen*
- (252) Een zbo past binnen het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's waarin staat dat als een publieke taak binnen het publieke domein wordt uitgevoerd, en het dan toch een zbo moet zijn (in plaats van een agentschap), dan een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid.
- (253) De huidige vormgeving van ProRail is echter ook in lijn met het huidige Deelnemingenbeleid. Er bestaat geen hiërarchie tussen de twee beleidsdocumenten. De Staatssecretaris zal dan ook moeten motiveren waarom zij thans wil afwijken van hetgeen in het Deelnemingenbeleid is opgenomen over de noodzaak om ProRail als beleidsdeelneming te handhaven.
- (254) Ten slotte wijzen wij erop dat het voornemen van de Staatssecretaris in strijd is met het recente LTSa2-beleid waarin het spoorwegbeleid voor de komende jaren is vastgelegd. Vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur is de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders erop mochten en mogen vertrouwen dat de Staatssecretaris uitvoering zou geven aan dit beleid en niet tussentijds zou overgaan tot een grote stelselwijziging.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (255) Met een zbo wordt aan het belangrijkste bezwaar tegen een agentschap (enigszins) tegemoet gekomen, namelijk de onafhankelijkheid ten opzichte van ILT. Ook in dit scenario zijn beide entiteiten echter wel onderdeel van de lidstaat.
- (256) Bovendien bestaat ook hier een spanning tussen enerzijds de wens om aan te sluiten bij de regelgeving voor zbo's (de Kaderwet) en anderzijds de Europeesrechtelijke voorwaarde dat de infrastructuurbeheerder onafhankelijk moet zijn. Op grond van de Kaderwet zbo beschikt de Staatssecretaris immers over een groot aantal sturingsmogelijkheden (zoals de goedkeuring van tarieven en een vernietigingsbevoegdheid) die zich niet goed verhouden tot de noodzakelijke onafhankelijkheid.
- (257) Als uitzonderingen op de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's gemaakt moeten worden om de op grond van de Europese richtlijnen benodigde onafhankelijkheid te kunnen garanderen, dan kan gesteld worden dat in de nieuwe situatie niet meer – en wellicht zelfs minder – sturingsmogelijkheden zullen ontstaan dan de Staatssecretaris thans heeft via de concessie, subsidie en AvA.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

- (258) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(K)). In 2001 benoemde de Minister in haar Herbezinningsbrief al een aantal nadelen van een ambtelijke overheidsorganisatie, waaronder dat de overheid mede aansprakelijk zou worden voor de dagelijkse vervoersprestaties. Het omzetten van wissels zou daarmee een publieke taak worden, net als het inplannen van beheer en onderhoud op concrete baanvakken. Ook nu zijn de werkzaamheden van ProRail grotendeels feitelijk van aard. Deze werkzaamheden worden, zo is uit de evaluaties gebleken, goed en steeds beter verricht. Het is dan ook de vraag of deze werkzaamheden door een publieke organisatievorm zullen verbeteren. Een grote reorganisatie zal gevolgen hebben voor deze feitelijke werkzaamheden en kan daarmee het vakmanschap in gevaar brengen. Daarnaast kunnen bedrijfsmatige prikkels die voor een onderneming gelden (bijvoorbeeld lage kosten, efficiency doelstellingen) verloren gaan in een publieke organisatie.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en zo laag mogelijke transitiekosten

- (259) Hiervoor zijn al de transitiekosten benoemd die voortvloeien voor met name het personeel (de arbeidsovereenkomsten van het personeel zullen moeten worden beëindigd en de werknemers zullen tot ambtenaar moeten worden aangesteld) en de spoorwegondernemingen (de horizontale samenwerking wordt vervangen voor een verticale relatie). In aanvulling daarop wordt nog gewezen op de fiscale gevolgen.
- (260) Met betrekking tot de transitieperiode is van belang dat voor de omvorming tot een zbo zonder rechtspersoonlijkheid een wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is. De transitieperiode is dan ook lang. Daarnaast geldt dat een overgang onder algemene titel in de rede ligt, maar dat als gekozen zou worden voor een activa-passiva-transactie (waarbij duizenden contracten stuk voor stuk overgedragen zouden moeten worden) dit aanzienlijke tijd en kosten met zich zou brengen.
- (261) Gesteld kan dan ook worden dat de volgende overweging uit de LTSa2 nog altijd onverkort

geldt: "Een (jarenlang) reorganisatieproces is ongewenst en het is bovendien onzeker of dit tot betere prestaties leidt."

7. IN HOEVERRE KOMT DE ZBO MET PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSONLIJKHEID TEGEMOET AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE RANDVOORWAARDEN?

(262) In paragraaf 1.1.1 is een aantal randvoorwaarden geformuleerd die de Staatssecretaris van belang acht bij de uitvoering van haar voornemen om ProRail in het publieke domein te brengen. Hierna zal worden bezien in hoeverre een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid volgens ons tegemoet kan komen aan deze randvoorwaarden.

(A) Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris

(263) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(A)).

(264) Als op ProRail als zbo de Kaderwet zbo's van toepassing zou worden verklaard dan zijn de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris kleiner dan bij een agentschap, maar nog altijd groot. Zo moet een zbo desgevraagd aan de Minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen verstrekken (artikel 20), kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zbo (artikel 21) en kan de Minister besluiten van een zbo vernietigen (artikel 22). Aandachtspunt is wel of het toepassen van al deze bevoegdheden in overeenstemming met de Europeesrechtelijke onafhankelijkheidseisen is (zie onder (J)).

(265) Aan de andere kant zullen met de introductie van de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's de huidige sturingsmogelijkheden (met name via de concessie- en subsidieverlening⁹⁵) komen te vervallen. Juist omdat (ook) een zbo op afstand is geplaatst van de Staatssecretaris, is het de vraag of de sturingsmogelijkheden wel zo veel groter worden dan thans het geval is en of niet eerst nader onderzocht zou moeten worden of de huidige sturingsmogelijkheden wel optimaal worden benut.

(266) Wij wijzen er daarnaast op dat het uitgangspunt van de Kaderwet zbo's is dat de zbo met "openbaar gezag" is bekleed. Op dit moment wordt ProRail niet aangemerkt als een vennootschap die openbaar gezag uitoefent. Dat betekent dat als ProRail openbaar gezag zou krijgen, sprake zal zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Van een situatie waarbij ProRail 'slechts' in mandaat (namens de minister) beslissingen neemt (dan wel civielrechtelijke overeenkomsten sluit), ontstaat een situatie waarbij ProRail openbaar gezag gaat uitoefenen. Mocht het niet de bedoeling van de Staatssecretaris zijn om aan ProRail openbaar gezag toe te kennen dan zou (een deel van de bepalingen van) de Kaderwet zbo's van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard. Als dat niet het geval zou zijn, dan zou een uitzondering worden gemaakt op het uitgangspunt neergelegd in het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's om alle zbo's zo veel mogelijk te uniformeren door de Kaderwet juist wel op alle zbo's van toepassing te laten zijn. Uitgaande van een situatie waarbij de Kaderwet zbo's op ProRail van toepassing zal worden, moet worden geconstateerd dat de gevolgen van het voornemen van de

⁹⁵ Bestaande uit onder meer de mogelijkheid om de concessie en subsidie in te trekken als niet aan de daarin opgenomen verplichtingen wordt voldaan; de aan de concessie verbonden malusregeling; en de in de concessie opgenomen inlichtingen-, inzage- en verantwoordingsverplichtingen.

Staatssecretaris groot zullen zijn, omdat de huidige sturingsmogelijkheden zullen vervallen en worden vervangen door geheel nieuwe instrumenten waarmee nog geen ervaring is opgedaan.

(B) Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer

- (267) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(B)). Een zbo valt niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid van een bewindspersoon, waardoor de controlemogelijkheden kleiner zijn dan bij een agentschap, maar nog altijd groter dan in het geval van aandeelhouderschap (althans in theorie, zie ook de nuancering onder 5(A) en 5(B)). Door de beperking van de bevoegdheden van ministers ten opzichte van zbo's is sprake van een beperking van de mogelijkheid tot parlementaire controle. Juist om de democratische controle mogelijk te houden is de Kaderwet zbo's gekomen. Deze wet beoogt de Staatssecretaris en de Tweede Kamer dan ook voldoende sturingsmogelijkheden te geven. Om aan deze randvoorwaarde te kunnen voldoen is het dus wenselijk dat als ProRail een zbo zou worden op haar de Kaderwet zbo's van toepassing zou zijn en hier geen uitzonderingen op worden gemaakt. Dit moet dan wel weer passen binnen de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese richtlijnen (waarop hierna onder j wordt ingegaan).

(C) Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer

- (268) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(C)). Uitgangspunt van een zbo is dat in een bijzondere wet (de Spoorwegwet) een zbo expliciet wordt benoemd en dat daaraan bevoegdheden worden toegekend. Wij gaan er dan ook van uit dat voordat de zbo zal worden opgericht de Spoorwegwet gewijzigd zal worden. Hetgeen hiervoor onder 5(C) bij het agentschap is gesteld over de onduidelijkheid die bij dergelijke transitie kan ontstaan bij de betrokken stakeholders, geldt ook voor een zbo. Deze transitie kan afleiden van de uitvoering van de primaire taak.

(D) De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden

- (269) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(D)). De reorganisatie die nodig is om tot een zbo te komen zal aandacht van het bestuur en de directie van ProRail vragen. Dit zal leiden tot afleiding binnen de organisatie van de kerntaak en daarmee een negatief effect hebben op het verder doorvoeren van de in gang gezette verbeteringen.

(E) De reizigers mogen er niet onder lijden

- (270) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(E)). Gevreesd moet worden dat met name de fiscale gevolgen (btw), maar ook de gevolgen van een reorganisatie in het algemeen, financiële consequenties zullen hebben. Als deze kosten worden doorberekend aan de spoorwegondernemingen, kan dit uiteindelijk ook tot gevolg hebben dat de kosten van een treinreis voor de reiziger hoger worden. Mocht de Staatssecretaris een vorm van compensatie overwegen dan zal deze compensatie aan de staatssteunregels moeten voldoen.

(F) *De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

(271) Voor een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid gelden in grote lijnen dezelfde voor- en nadelen als voor een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid (zoals beschreven onder 6(F)).⁹⁶ Een voordeel van een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid (ten opzichte van een zbo zonder rechtspersoonlijkheid en agentschap) is echter dat de rechtspersoon zelf voor eigen rekening en risico overeenkomsten kan sluiten (en niet de Staat contractspartij is). Dit is een voordeel omdat dan onder meer de huidige praktijk waarbij overeenkomsten met vervoerders worden gesloten eenvoudiger gehandhaafd kan blijven. Wij stellen hier "eenvoudiger", omdat het – net als bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid – ook hier meer in de rede ligt, om de zbo besluiten te laten nemen in plaats van overeenkomsten te sluiten.

(G) *De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

(272) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid (onder 6(G)). De overeenkomsten tussen ProRail en haar aannemers zijn na een aanbesteding tot stand gekomen. De aanbestedingsrechtelijke consequenties lijken beperkt, mits wordt voldaan aan het kader zoals geschetst in paragraaf 4.4, waarbij met name van belang is dat geen sprake mag zijn van een materieel verschil van de betreffende gegunde opdracht of verschuiving van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Daarnaast zal aandacht moeten worden besteed aan de wijze van overgang van deze overeenkomsten onder algemene of bijzondere titel (paragraaf 4.7) aangezien de contracterende partij wijzigt van ProRail naar de nieuwe publiekrechtelijke rechtspersoon. Als alle contracten één-voor-één zullen worden beoordeeld en worden overgedragen dan zal dit tijd kosten en zullen de transitiekosten hoog zijn.

(H) *Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk*

(273) In beginsel zal het personeel van een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid als ambtenaar moeten worden aangesteld. Het is voor een dergelijke zbo weliswaar mogelijk om personeel in dienst te nemen op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, maar daartoe zou een grondslag moeten worden geboden in een wet in formele zin (bijvoorbeeld in de instellingswet). Artikel 7:615 BW brengt met zich dat Titel 10 van Boek 7 evenwel niet van toepassing is op zulke arbeidsovereenkomsten. Ook van dat uitgangspunt kan worden afgeweken. Zulks zou moeten geschieden vóór of bij aanvang van de dienstbetrekking. In de UWV-casus gebeurde dat in artikel 2, derde lid, van de instellingswet.⁹⁷ Alleen indien in het geval van ProRail een gelijkluidend artikel in de

⁹⁶ Daaruit bleek dat voor de spoorwegondernemingen sprake zal zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie, omdat de huidige horizontale relatie (die tot uiting komt in de onderhandelingen over de toegangsovereenkomsten) vervangen wordt voor een verticale relatie tussen een bestuursorgaan en onderneming. De nadelen die in 2001 in de Herbezinningsbrief al zijn benoemd en in 2008 en 2014 in het kader van de evaluatie van de wet en de LTSa2 nog door het Kabinet zijn herhaald, gelden nog onverkort: "het dichterbij halen van ProRail brengt betere samenwerking tussen ProRail en vervoerders niet direct dichterbij, terwijl dit nu juist de sleutel is tot betere prestaties." De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de vermeende voordelen van een zbo thans wel opwegen tegen deze fundamentele wijziging van de relatie tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen.

⁹⁷ Opgemerkt wordt wel dat de UWV-instellingswet dateert uit een periode (2001) waarin meer discussie bestond over de vraag

instellingswet zou worden opgenomen, kunnen de gevolgen voor de rechtspositie van het personeel van ProRail beperkt blijven. Indien een dergelijk artikel niet wordt opgenomen, zijn de gevolgen mogelijk verstrekkend en in overeenstemming met hetgeen hiervoor in paragraaf 5 is beschreven.⁹⁸

- (274) Voor wat betreft pensioen wijzen wij erop dat ook het personeel van een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid in beginsel moet deelnemen in de ABP-regeling en kan hier worden terugverwezen naar hetgeen is omschreven in paragraaf 5(H). Hieruit blijkt onder meer dat als de Staatssecretaris verschillen met de huidige pensioensituatie wil voorkomen de minister van BZK en het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP ervan moet overtuigen dat wordt voldaan aan de restrictieve uitzonderingsgrond van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder j, van de WPA. Alleen op deze wijze kunnen – net als in de UWV-casus – verschillen met de huidige situatie worden voorkomen.

(I) Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen

- (275) Hoewel deze organisatievorm niet de voorkeursoptie uit het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's is, is ook van belang dat deze vorm niet ongebruikelijk is. Zo heeft ook de Luchtverkeersleiding Nederland ("LVLV") eigen rechtspersoonlijkheid. Gesteld kan worden dat de taken van ProRail enigszins vergelijkbaar zijn met de LVNL waardoor het toekennen van rechtspersoonlijkheid mogelijk is. Dit kan dan ook een reden zijn om in dit geval juist wel rechtspersoonlijkheid toe te kennen.

- (276) Daarnaast geldt ook hier dat er geen hiërarchie bestaat tussen het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's en het Deelnemingenbeleid. De Staatssecretaris zal dan ook moeten motiveren waarom zij thans wil afwijken van hetgeen in het Deelnemingenbeleid is opgenomen over de noodzaak om ProRail als beleidsdeelneming te handhaven.

- (277) Ten slotte wijzen wij erop dat het voornemen van de Staatssecretaris in strijd is met het recente LTSa2-beleid waarin het spoorwegbeleid voor de komende jaren is vastgelegd. Vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur is de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders erop mochten en mogen vertrouwen dat de Staatssecretaris uitvoering zou geven aan dit beleid en niet tussentijds zou overgaan tot een grote stelselwijziging.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (278) Van deze organisatievorm kan beter dan bij een agentschap en zbo zonder rechtspersoonlijkheid betoogd worden dat ProRail onafhankelijk is ten opzichte van de lidstaat en dat daarmee wordt voldaan aan de Europese regelgeving. Een zbo is immers niet hiërarchisch ondergeschikt aan de Staatssecretaris. Bij eigen rechtspersoonlijkheid is ook de onafhankelijkheid van ProRail ten opzichte van de Staat geborgd. Dit is wenselijk, omdat ProRail op grond van het Europese recht verantwoordelijk voor het eigen beheer, bestuur en interne controle moet kunnen zijn.

of het wenselijk zou zijn zbo's zo veel als mogelijk te uniformeren of dat het daarentegen juist wenselijk zou zijn om door middel van diversiteit meer maatwerk te kunnen leveren. Toepassing van de 'UWV-aanpak' op ProRail is niet ondenkbaar maar past daarom minder goed binnen het huidige overheidsbeleid met betrekking tot zbo's.

⁹⁸ Zij het dat in geval van een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid meer maatwerk kan worden geleverd door middel van artikel 15, tweede lid, van de Kaderwet zbo's.

- (279) Aandachtspunt is ook hier in hoeverre de bevoegdheden voor de Staatssecretaris op grond van de Kaderwet zbo's (in het bijzonder de aanwijzingsbevoegdheid en de bevoegdheid om tarieven goed te keuren) afbreuk kunnen doen aan de onafhankelijkheid van de zbo.
- (280) Als uitzonderingen op de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's gemaakt moeten worden om de op grond van de Europese richtlijnen benodigde onafhankelijkheid te kunnen garanderen, dan kan gesteld worden dat in de nieuwe situatie niet meer – en wellicht zelfs minder – sturingsmogelijkheden zullen ontstaan dan de Staatssecretaris thans heeft via de concessie, subsidie en AvA.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

- (281) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in het 'agentschap-scenario' (onder 5(K)). In 2001 benoemde de Minister in haar Herbezinningsbrief al een aantal nadelen van een ambtelijke overheidsorganisatie, waaronder dat de overheid mede aansprakelijk zou worden voor de dagelijkse vervoersprestaties. Het omzetten van wissels zou daarmee een publieke taak worden, net als het inplannen van beheer en onderhoud op concrete baanvakken. Ook nu zijn de werkzaamheden van ProRail grotendeels feitelijk van aard. Deze werkzaamheden worden, zo is uit de evaluaties gebleken, goed en steeds beter verricht. Het is dan ook de vraag of deze werkzaamheden door een publieke organisatievorm zullen verbeteren. Een grote reorganisatie zal gevolgen hebben voor deze feitelijke werkzaamheden en kan daarmee het vakmanschap in gevaar brengen. Daarnaast kunnen bedrijfsmatige prikkels die voor een onderneming gelden (bijvoorbeeld lage kosten, efficiency doelstellingen) verloren gaan in een publieke organisatie.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en zo laag mogelijke transitiekosten

- (282) Hiervoor zijn al de transitiekosten benoemd die voortvloeien voor met name het personeel (in beginsel zal het personeel als ambtenaar moeten worden aangesteld) en de spoorwegondernemingen (de horizontale samenwerking wordt vervangen voor een verticale relatie). In aanvulling daarop wordt nog gewezen op de fiscale gevolgen.
- (283) Met betrekking tot de transitieperiode is van belang dat voor de omvorming tot een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid een wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is. De transitieperiode is dan ook lang. Daarnaast geldt dat een overgang onder algemene titel in de rede ligt, maar dat als gekozen zou worden voor een activa-passiva-transactie (waarbij duizenden contracten stuk voor stuk overgedragen zouden moeten worden) dit aanzienlijke tijd en kosten met zich zou brengen.
- (284) Gesteld kan dan ook worden dat de volgende overweging uit de LTSa2 ook hier geldt: "*Een (jarenlang) reorganisatieproces is ongewenst en het is bovendien onzeker of dit tot betere prestaties leidt.*"

8. IN HOEVERRE KOMT DE ZBO MET PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSPERSOONLIJKHEID TEGEMOET AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE RANDVOORWAARDEN?

- (285) In paragraaf 1.1.1 is een aantal randvoorwaarden geformuleerd die de Staatssecretaris van belang acht bij de uitvoering van haar voornemen om ProRail in het publieke domein te brengen. Hierna wordt gezien in hoeverre een zbo met privaatrechtelijke

rechtspersoonlijkheid tegemoet komt aan deze randvoorwaarden.

(A) *Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris*

- (286) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven bij een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (onder 7(A)). Ook op een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid is namelijk de Kaderwet zbo's van toepassing.⁹⁹
- (287) Daar komt bij dat de Staatssecretaris in deze organisatievorm – anders dan in alle voorgaande organisatievormen – haar huidige sturingsmogelijkheden *als aandeelhouder* zou behouden.
- (288) Wel lijkt het wenselijk om te bezien wat de gevolgen van deze stapeling van deze huidige sturingsmogelijkheden en de mogelijkheden uit de Kaderwet zbo's zouden kunnen zijn. Zo wordt in dit verband gewezen op artikel 13.4 van de Statuten dat bepaalt dat voor een besluit van de RvB waar op grond van de Statuten goedkeuring van de AvA is vereist, deze goedkeuring niet vereist is wanneer dat zelfde besluit aan de goedkeuring en/of instemming van de "Minister van Verkeer en Waterstaat" (thans de Staatssecretaris) is onderworpen op grond van andere wet- of regelgeving.
- (289) Ook wijzen wij in dit verband op paragraaf 10 van dit advies waarin een overzicht van mogelijke wijzigingen met betrekking tot de huidige organisatie van ProRail worden geschetst. Een mogelijke wijziging ter verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris in dit scenario, betreft het niet langer toepassen van het structuurregime op ProRail, nu ProRail het verzwakt regime vrijwillig toepast. Het besluit om het vrijwillig structuurregime te verlaten is adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel e WOR. Het regime blijft echter van toepassing op Railinfratrust. Een andere mogelijkheid is het verzoek om ontheffing van de verplichting een RvC in te stellen. Voor zover wij kunnen nagaan op grond van openbare informatie, zijn ontheffingsverzoeken van enkel de instellingsplicht van een RvC niet succesvol geweest. Weer een andere mogelijkheid is het bepalen bij wet in formele zin dat het structuurregime (of de plicht tot instelling van een RvC) niet van toepassing is. Eerder is het structuurregime niet van toepassing verklaard op DNB, vgl. artikel 10 Bankwet. Zonder toepassing van het structuurregime zou Railinfratrust niet langer verplicht zijn een RvC in te stellen en zou de Staatssecretaris in haar rol van aandeelhouder kunnen besluiten de RvC af te schaffen op zowel het niveau van

⁹⁹ Kort samengevat geldt dat als op ProRail als zbo de Kaderwet zbo's van toepassing zou worden verklaard de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris kleiner zijn dan bij een agentschap, maar nog altijd groot zullen zijn. Zo moet een zbo desgevraagd aan de Minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen verstrekken (artikel 20), kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zbo (artikel 21) en kan de Minister besluiten van een zbo vernietigen (artikel 22). Aan de andere kant zullen met de introductie van de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's de huidige sturingsmogelijkheden (met name via de concessie- en subsidieverlening) komen te vervallen. Juist omdat (ook) een zbo op afstand is geplaatst van de Staatssecretaris, is het de vraag of de sturingsmogelijkheden wel zo veel groter worden dan thans het geval is en of niet eerst nader onderzocht zou moeten worden of de huidige sturingsmogelijkheden wel optimaal worden benut. Wij wijzen er daarnaast op dat het uitgangspunt van de Kaderwet zbo's is dat de zbo met "openbaar gezag" is bekleed. Op dit moment wordt ProRail niet aangemerkt als een vennootschap die openbaar gezag uitoefent. Dat betekent dat als ProRail openbaar gezag zou krijgen, sprake zal zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Uitgaande van een situatie waarbij de Kaderwet zbo's op ProRail van toepassing zal worden, moet worden geconstateerd dat de gevolgen van het voornemen van de Staatssecretaris groot zullen zijn, omdat de huidige sturingsmogelijkheden zullen vervallen en worden vervangen door geheel nieuwe instrumenten waarmee nog geen ervaring is opgedaan.

Railinfratrust en ProRail.

(B) Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer

- (290) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (onder 7(B)). Een zbo valt niet onder de ministeriële verantwoordelijkheid van een bewindspersoon, waardoor de controlemogelijkheden kleiner zijn dan bij een agentschap (althans in theorie, zie ook de nuancering onder 5(A) en 5(B)). Door de beperking van de bevoegdheden van ministers ten opzichte van zbo's is sprake van een beperking van de mogelijkheid tot parlementaire controle. Juist om de democratische controle mogelijk te houden is de Kaderwet zbo's gekomen. Deze wet beoogt de Staatssecretaris en de Tweede Kamer dan ook voldoende sturingsmogelijkheden te geven. Om aan deze randvoorwaarde te kunnen voldoen is het dus wenselijk dat als ProRail een zbo zou worden op haar de Kaderwet zbo's van toepassing zou zijn en hier geen uitzonderingen op worden gemaakt. Dit moet dan wel weer passen binnen de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese richtlijnen (waarop hierna onder j wordt ingegaan).

(C) Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer

- (291) In dit scenario zou ProRail "gewoon" een besloten vennootschap kunnen blijven, maar zou haar publieke taak expliciet in de wet worden geborgd. Het risico deze wijziging ten koste zal gaan van de primaire taak is dan ook beperkt.¹⁰⁰

(D) De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden

- (292) In dit scenario zou ProRail "gewoon" een besloten vennootschap kunnen blijven, maar zou haar publieke taak expliciet in de wet worden geborgd. De in gang gezette verbeteringen zullen hier dan ook minder onder lijden. Wel geldt ook hier dat elke reorganisatie de aandacht van de organisatie en het bestuur behoeft, hetgeen ten koste gaat van de uitvoering van de kerntaken en de ingang gezette verbeteringen.

(E) De reizigers mogen er niet onder lijden

- (293) In dit scenario zou ProRail "gewoon" een besloten vennootschap kunnen blijven, maar zou haar publieke taak expliciet in de wet worden geborgd. De gevolgen voor de reizigers zullen hierdoor beperkt zijn.

(F) De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (294) In dit scenario zou ProRail "gewoon" een besloten vennootschap kunnen blijven. Dit betekent dat de huidige praktijk waarbij ProRail overeenkomsten sluit met de

¹⁰⁰ Ook hier geldt echter dat voor de oprichting van een zbo de Spoorwegwet gewijzigd zal moeten worden. Hetgeen hiervoor onder 5(C) bij het agentschap is gesteld over de onduidelijkheid die bij dergelijke transitie kan ontstaan bij de betrokken stakeholders, geldt ook voor alle zbo-vormen. Deze transitiefase kan dan ook enigszins afleiden van de uitvoering van de primaire taak.

spoorwegondernemingen eenvoudig(er) kan worden voortgezet. Weliswaar kan ook hier de vraag worden gesteld of het laten nemen van besluiten door de zbo ter uitvoering van de publieke taak niet meer in de rede ligt, maar juist door te kiezen voor een privaatrechtelijke rechtsvorm, blijft het sluiten van overeenkomsten ook een reële mogelijkheid.

(G) *De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

(295) In dit scenario zou er voor de aannemers weinig veranderen, omdat – ervan uitgaande dat de huidige vennootschap blijft bestaan – de contractspartij niet wijzigt.

(H) *Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk*

(296) Indien de huidige besloten vennootschap ProRail wordt omgevormd tot een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid zal deze transformatie weinig (behoeven te) veranderen aan de situatie waarin de werknemers van ProRail thans verkeren. We nemen daarbij aan dat de werknemers in deze situatie in de reeds bestaande juridische entiteit (besloten vennootschap) 'blijven zitten' en hun arbeidsovereenkomsten/arbeidsvoorwaarden kunnen dan ongewijzigd in stand blijven.

(297) Indien door middel van een wet in formele zin een nieuwe (privaatrechtelijke) entiteit met zbo-status wordt gecreëerd en de activiteiten, activa en medewerkers van ProRail aan deze entiteit worden overgedragen is het zeer aannemelijk dat sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 *et seq.* BW. Nu een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid personeel in dienst kan nemen op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, Titel 10 van Boek 7 BW van toepassing is op zulke arbeidsovereenkomsten én het personeel van zulke zbo's geen overheidswerker in de zin van de WPA is, zal ook in dit scenario weinig (behoeven te) veranderen aan de situatie waarin de werknemers van ProRail thans verkeren.

(298) Als gekeken wordt naar het verschil tussen een zbo met publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, dan blijkt dat uiteindelijk voor beide zbo's hetzelfde eindresultaat kan worden bereikt, maar dat dit voor een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid complexer te realiseren is. Voor een dergelijke zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid zullen namelijk bijzondere wettelijke voorzieningen moeten worden getroffen, zowel voor de arbeidsvoorwaarden/arbeidsovereenkomsten als de pensioenrechten. Het treffen van dergelijke bijzondere voorzieningen is bovendien niet in overeenstemming met het geldende uitgangspunt zoals neergelegd in het Kabinetsbeleid voor zbo's om zbo's zoveel mogelijk te uniformeren. Deze complexiteit is bij een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid afwezig: als de huidige vennootschap blijft bestaan, kunnen de werknemers immers naar verwachting in deze besloten vennootschap 'blijven zitten' en zullen hun arbeidsovereenkomsten/arbeidsvoorwaarden dan ongewijzigd in stand blijven.

(I) *Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen*

(299) Een zbo met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid is niet de eerste keuze van het kabinet, maar ook niet uitgesloten. In de Kaderwet zbo's (artikel 4) is uitdrukkelijk bepaald dat ook een privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag kan worden bekleed, mits (a) dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en (b) er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan

onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden. Uit de beoordeling van de overige randvoorwaarden blijkt dat er voldoende argumenten zijn om te stellen dat deze privaatrechtelijke vorm in dit geval in het bijzonder aangewezen moet worden geacht.

- (300) Daarnaast geldt dat de huidige beleidsdeelneming ongewijzigd zal worden voortgezet, waardoor deze organisatievorm ook in lijn is met het Deelnemingenbeleid.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (301) De mogelijke gevolgen zijn in dit scenario gelijk aan de gevolgen zoals omschreven in bij een zbo met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (onder 7(J)). Daaruit bleek dat van deze organisatievorm beter dan bij een agentschap en zbo zonder rechtspersoonlijkheid betoogd kan worden dat ProRail onafhankelijk is ten opzichte van de lidstaat en dat daarmee wordt voldaan aan de Europese regelgeving. Een zbo is immers niet hiërarchisch ondergeschikt aan de Staatssecretaris. Bij eigen rechtspersoonlijkheid is ook de onafhankelijkheid van ProRail ten opzichte van de Staat geborgd. Dit is wenselijk, omdat ProRail op grond van het Europese recht verantwoordelijk voor het eigen beheer, bestuur en interne controle moet kunnen zijn.

- (302) Aandachtspunt is ook hier in hoeverre de bevoegdheden voor de Staatssecretaris op grond van de Kaderwet zbo's (in het bijzonder de aanwijzingsbevoegdheid en de bevoegdheid om tarieven goed te keuren) afbreuk kunnen doen aan de onafhankelijkheid van de zbo. Als uitzonderingen op de sturingsmogelijkheden uit de Kaderwet zbo's gemaakt moeten worden om de op grond van de Europese richtlijnen benodigde onafhankelijkheid te kunnen garanderen, dan kan gesteld worden dat in de nieuwe situatie niet meer – en wellicht zelfs minder – sturingsmogelijkheden zullen ontstaan dan de Staatssecretaris thans heeft via de concessie en subsidie.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

- (303) De mogelijke gevolgen lijken in dit scenario beperkt, omdat er (in beginsel) geen reorganisatie zal plaatsvinden die gevolgen kan hebben voor de feitelijke werkzaamheden en daarmee het vakmanschap in gevaar zou kunnen brengen. Omdat de private rechtsvorm behouden blijft kunnen bedrijfsmatige prikkels die voor een onderneming gelden (bijvoorbeeld lage kosten, efficiency doelstellingen) behouden blijven.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en zo laag mogelijke transitiekosten

- (304) In dit scenario blijft de huidige rechtsvorm van ProRail behouden. Dit leidt tot aanzienlijk minder complicaties dan bij de eerder genoemde scenario's. De transitiekosten en –duur zijn dan ook lager.

- (305) Wel zal ook voor deze zbo-vorm een wijziging van de Spoorwegwet nodig zijn waarin de zbo wordt gecreëerd. Dit kost weliswaar tijd, maar het voordeel van deze vorm is dat hangende de wetswijziging voor alle stakeholders duidelijk is dat de huidige besloten vennootschap en de huidige samenwerkingsvorm met personeel, spoorwegondernemingen en aannemers behouden zal blijven. Hierdoor zal de onrust bij de stakeholders (zeker ten opzichte van de hiervoor besproken organisatievormen) naar verwachting beperkt blijven.

9. IN HOEVERRE KOMT HET HYBRIDE MODEL TEGEMOET AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE RANDVOORWAARDEN?

- (306) In paragraaf 1.1.1 is een aantal randvoorwaarden geformuleerd die de Staatssecretaris van belang acht bij de uitvoering van haar voornemen om ProRail in het publieke domein te brengen. Hierna zal worden bezien in hoeverre het hybride model volgens ons tegemoet kan komen aan deze randvoorwaarden. Daarbij wordt uitgegaan van de variant waarbij sprake is van een agentschap én een zbo zonder rechtspersoonlijkheid. De zbo zou dan die taken kunnen uitoefenen die op grond van het (huidige en toekomstige) Europese recht onafhankelijkheid behoeven (zie paragraaf 4.1.7). De capaciteitsverdeling, het vaststellen van de gebruiksvergoeding en verkeersleiding zouden dan worden "los geknipt" van de overige taken (aanleg en onderhoud) van ProRail.
- (307) Voor de tweede variant (waarbij een zbo zou worden gevormd, maar het personeel in algemene dienst van het Rijk zou komen) geldt (grotendeels) hetzelfde als voor de zbo zonder rechtspersoonlijkheid, omdat in dat geval voor het toekennen van bevoegdheden aan het bestuur van de zbo een vergelijkbare wetswijziging nodig is en de werknemers ook in deze variant tot ambtenaar moeten worden aangesteld. De transitiekosten van deze variant zullen dan ook hoog zijn. Mede gelet op de omvang van dit advies, volstaan wij dan ook voor deze variant met een verwijzing naar paragraaf 6.

(A) Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris

- (308) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor onder 5(A) en 6(A) omschreven. Bij een agentschap kan de Staatssecretaris relatief veel directe sturing geven aangezien het dan haar eigen dienst betreft die hiërarchisch ondergeschikt is aan de Staatssecretaris.¹⁰¹ Als op ProRail de Kaderwet zbo's van toepassing wordt verklaard en ProRail desgevraagd aan de Minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen moet verstrekken (artikel 20), dan kan de Minister beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zbo (artikel 21) en kan de Minister besluiten van een zbo vernietigen (artikel 22). Aan de andere kant zullen de huidige sturingsmogelijkheden (met name via de concessie- en subsidieverlening¹⁰²) komen te vervallen. De vraag is dan ook of de sturings- en controlemogelijkheden die de Staatssecretaris zou opgeven ook in de praktijk zullen leiden tot betere sturings- en controlemogelijkheden.
- (309) Wij merken in dit verband op dat het creëren van *twee* nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

¹⁰¹ Wel kan hierbij de kanttekening worden gemaakt dat de praktijk heeft geleerd dat de controle van een Minister op haar eigen ambtenaren niet altijd onprobleematisch is en dat projecten die door een agentschap worden gerealiseerd altijd probleemloos verlopen. Zie bijvoorbeeld <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/06/09/wie-wil-er-nog-bouwen-voor-rijkswaterstaat-a1496226>.

¹⁰² Bestaande uit onder meer de mogelijkheid om de concessie en subsidie in te trekken als niet aan de daarin opgenomen verplichtingen wordt voldaan; de aan de concessie verbonden malusregeling; en de in de concessie opgenomen inlichtingen-, inzage- en verantwoordingsverplichtingen.

(B) Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer

- (310) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor omschreven onder 5(B) en 6(B).
- (311) In dit verband merken wij op dat het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

(C) Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer

- (312) Vanuit juridisch oogpunt geldt dat, aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, de mogelijke juridische gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor omschreven (5(C) en 6(C)). Voor zowel een agentschap als zbo is een wetswijziging nodig. Bij een dergelijke transitie kan onduidelijkheid en onrust ontstaan bij de betrokken stakeholders. De transitie kan daarmee afleiden van de uitvoering van de primaire taak.
- (313) Bovendien zullen de feitelijke gevolgen van deze hybride vorm naar verwachting groot zijn. Door de werkzaamheden te verdelen over twee entiteiten bestaat het reële risico van afstemmingsproblemen tussen projecten in de ene entiteit en de verkeersleiding en capaciteitsverdeling in de andere entiteit. Dit zal ten koste gaan van zowel de primaire taak als de dienstverlening aan reiziger en spoorwegondernemingen. De integraliteit van zowel het maken van een toekomstig netwerk met bijbehorende dienstverlening als het oplossen en voorkomen van storingen zal moeilijker worden.

(D) De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden

- (314) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke juridische gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor onder 5(D) en 6(D) omschreven. Een deel van de in gang gezette organisatorische verbeteringen zal niet worden voortgezet, omdat zij niet relevant zijn in de hybride vorm. Deze organisatievorm zal dus gevolgen hebben voor de uitvoering van de in gang gezette verbeteringen. Het creëren van twee nieuwe entiteiten en de daarbij behorende taakverdeling, vergt een aanzienlijke reorganisatie aandacht van het bestuur en de directie van ProRail vragen. Dit zal leiden tot afleiding binnen de organisatie van de kerntaak en daarmee een negatief effect hebben op het verder doorvoeren van de in gang gezette verbeteringen.

(E) De reizigers mogen er niet onder lijden

- (315) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke juridische gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor omschreven onder 5(E) en 6(E). Gevreesd moet worden dat met name de fiscale gevolgen (btw), maar ook de gevolgen van een reorganisatie in het algemeen, financiële consequenties zullen hebben. Als deze kosten worden doorberekend aan de spoorwegondernemingen, kan dit uiteindelijk ook tot gevolg hebben dat de kosten van een treinreis voor de reiziger hoger worden. Mocht de Staatssecretaris een vorm van

compensatie overwegen dan zal deze compensatie aan de staatssteunregels moeten voldoen.

- (316) Daarnaast zullen de feitelijke gevolgen van deze hybride vorm naar verwachting groot zijn. Door de werkzaamheden te verdelen over twee entiteiten bestaat het reële risico van afstemmingsproblemen tussen projecten in de ene entiteit en de verkeersleiding en capaciteitsverdeling in de andere entiteit. Dit zal ten koste gaan van zowel de primaire taak als de dienstverlening aan reiziger en spoorwegondernemingen. De integraliteit van zowel het maken van een toekomstig netwerk met bijbehorende dienstverlening als het oplossen en voorkomen van storingen zal moeilijker worden.

(F) De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (317) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke juridische gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor omschreven onder 5(F) en 6(F). Daaruit bleek dat voor de spoorwegondernemingen sprake zal zijn van een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie, omdat de huidige horizontale relatie (die tot uiting komt in de onderhandelingen over de toegangsovereenkomsten) vervangen wordt voor een verticale relatie tussen een bestuursorgaan en onderneming. De nadelen die in 2001 in de Herbeziningsbrief al zijn benoemd en in 2008 en 2014 in het kader van de evaluatie van de wet en de LTSa2 nog door het Kabinet zijn herhaald, gelden nog onverkort: "*het dichter naar IenM halen van ProRail brengt betere samenwerking tussen ProRail en vervoerders niet direct dichterbij, terwijl dit nu juist de sleutel is tot betere prestaties.*" De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de vermeende voordelen van een zbo thans wel opwegen tegen deze fundamentele wijziging van de relatie tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorwegondernemingen.

- (318) Daarnaast zullen de feitelijke gevolgen van deze hybride vorm naar verwachting groot zijn. Door de werkzaamheden te verdelen over twee entiteiten bestaat het reële risico van afstemmingsproblemen tussen projecten, bijvoorbeeld een aanleg- of onderhoudsproject in de ene entiteit, terwijl de verantwoordelijkheid voor de verkeersleiding en capaciteitsverdeling bij de andere entiteit berust. Dit zal ten koste gaan van zowel de primaire taak als de dienstverlening aan reiziger en spoorwegondernemingen. De integraliteit van zowel het maken van een toekomstig netwerk met bijbehorende dienstverlening als het oplossen en voorkomen van storingen zal moeilijker worden.

(G) De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen

- (319) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor omschreven onder 5(G) en 6(G). De overeenkomsten tussen ProRail en haar aannemers zijn na een aanbesteding tot stand gekomen. De aanbestedingsrechtelijke consequenties lijken beperkt, mits wordt voldaan aan het kader zoals geschetst in paragraaf 4.4, waarbij met name van belang is dat geen sprake mag zijn van een materieel verschil van de betreffende gegunde opdracht of verschuiving van het economisch evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de opdrachtnemer. Daarnaast zal aandacht moeten worden besteed aan de wijze van overgang van deze overeenkomsten onder algemene of bijzondere titel (paragraaf 4.7) aangezien de contracterende partij wijzigt van ProRail naar de Staat. Als alle contracten één-voor-één zullen worden beoordeeld en worden overgedragen dan zal dit tijd kosten en

zullen de transitiekosten hoog zijn.

- (320) Ook wordt in dit verband opgemerkt dat het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

(H) Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk

- (321) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat ook in dit scenario de consequenties voor de rechtspositie van het personeel ingrijpend zullen zijn. Het maakt voor de rechtspositionele gevolgen niet uit of een werknemer van ProRail wordt aangesteld tot ambtenaar bij een agentschap of dat hij wordt aangesteld tot ambtenaar bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid. Zie hiervoor paragraaf 5(H) en 6(H) van deze juridische analyse.¹⁰³

- (322) Een complicerende factor in dit scenario vormt de overgang van onderneming regelgeving. Indien de capaciteitsverdelings- en verkeersleidingsactiviteiten van ProRail een economische eenheid vormen, zou geanalyseerd moeten worden welke werknemers alleen of voornamelijk werkzaam zijn binnen die economische eenheid en welke niet; de werknemers dienen immers (in beginsel) tot ambtenaar benoemd te worden bij het onderdeel van de onderneming waar zij deel van uitmaken. Dat kan in een 'opknip-scenario' voor extra complicaties zorgen ingeval werknemers thans voor verschillende onderdelen van ProRail werken (dat is bijvoorbeeld bij indirecte "overhead" functies vaak het geval).

(I) Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen

- (323) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke juridische gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor onder 5(I) en 6(I) omschreven. Zowel een agentschap als een zbo passen binnen het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's, maar de huidige vormgeving van ProRail is ook in lijn met het huidige Deelnemingenbeleid. Er bestaat geen hiërarchie tussen de twee beleidsdocumenten. De Staatssecretaris zal dan ook moeten motiveren waarom zij thans wil afwijken van hetgeen in het Deelnemingenbeleid is opgenomen over de noodzaak om ProRail als beleidsdeelneming te handhaven. Ook is de vraag gerechtvaardigd of ProRail en alle andere betrokken stakeholders er, vanuit een oogpunt van zorgvuldig bestuur, op mochten en mogen vertrouwen dat de Staatssecretaris uitvoering zou geven aan het beleid neergelegd in de LTSa2 en niet tussentijds zou overgaan tot een grote stelselwijziging.

- (324) Ook wordt in dit verband opgemerkt dat het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (325) Het hybride model is voorgesteld om tegemoet te komen aan de hiervoor genoemde

¹⁰³ Kort samengevat, zullen als wordt gechopt voor dit scenario de arbeidsovereenkomsten van het personeel met ProRail moeten worden beëindigd en zullen de werknemers tot ambtenaar moeten worden aangesteld. Dit zal gevolgen hebben vanuit procedureel oogpunt (het civiele arbeidsrecht zal niet langer op hen van toepassing zal zijn), vanuit het oogpunt van de arbeidsvoorwaarden en vanuit het oogpunt van pensioen.

Europeesrechtelijke bezwaren tegen een agentschap.¹⁰⁴ Deze vorm voldoet beter aan de Europese randvoorwaarden, maar ook bij een zbo – zeker als deze geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft – kunnen vraagtekens worden gesteld bij de onafhankelijkheid van de zbo ten opzichte van de lidstaat (zie onder 5(J) en 6(J)). Het is wellicht mogelijk om aan al deze Europeesrechtelijke bezwaren (gedeeltelijk) tegemoet te komen door extra onafhankelijkheidswaarborgen in te bouwen, maar in dat geval is het de vraag of nog wel sprake is van een zbo zoals bedoeld in het Kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's. Als enerzijds een groot aantal bijzondere maatregelen getroffen moet worden om de onafhankelijkheid te kunnen garanderen terwijl anderzijds juist het doel van de hervorming is om meer sturing en controle te kunnen krijgen, dan is daarmee eigenlijk gegeven dat de vorm van agentschap en zbo ongeschikt is om te kunnen voldoen aan de (bedoeling van de) Europese richtlijnen.

- (326) Daarnaast geldt ook hier dat het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

- (327) Aangezien in dit geval sprake is van een combinatie van een agentschap en zbo, geldt dat de mogelijke gevolgen in dit scenario gelijk zijn aan de gevolgen zoals hiervoor onder 5(K) en 6(K) omschreven. In 2001 benoemde de Minister in haar Herbezinningsbrief al een aantal nadelen van een ambtelijke overheidsorganisatie, waaronder dat de overheid mede aansprakelijk zou worden voor de dagelijkse vervoersprestaties. Het omzetten van wissels zou daarmee een publieke taak worden, net als het inplannen van beheer en onderhoud op concrete baanvakken. Ook nu zijn de werkzaamheden van ProRail grotendeels feitelijk van aard. Deze werkzaamheden worden, zo is uit de evaluaties gebleken, goed en steeds beter verricht. Het is dan ook de vraag of deze werkzaamheden door een publieke organisatievorm zullen verbeteren. Een grote reorganisatie zal gevolgen hebben voor deze feitelijke werkzaamheden en kan daarmee het vakmanschap in gevaar brengen. Daarnaast kunnen bedrijfsmatige prikkels die voor een onderneming gelden (bijvoorbeeld lage kosten, efficiency doelstellingen) verloren gaan in een publieke organisatie.

- (328) Ten slotte merken wij op dat het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid kan leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Dit is een nieuw en extra risico ten opzichte van de eerdergenoemde organisatievormen.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en zo laag mogelijke transitiekosten

- (329) Hiervoor zijn al de transitiekosten benoemd voor met name het personeel (de arbeidsovereenkomsten van het personeel zullen moeten worden beëindigd en de werknemers zullen tot ambtenaar moeten worden aangesteld) en de spoorwegondernemingen (de horizontale samenwerking wordt vervangen voor een verticale relatie). In aanvulling daarop wijzen wij op de fiscale gevolgen. Met betrekking tot de transitieperiode is van belang dat een wijziging van de Spoorwegwet noodzakelijk is. De

¹⁰⁴ Volledigheidshalve wordt gewezen op overweging 12 van het voorstel tot wijziging van Richtlijn 2012/34/EU: "De lidstaten moeten er in het algemeen op toezien dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en de vernieuwing van een spoornet en wordt belast met de ontwikkeling van de spoorweginfrastructuur op dat net. Wanneer deze functies worden uitbesteed aan verschillende entiteiten, moet de infrastructuurbeheerder niettemin de toezichhoudende bevoegdheid houden en de eindverantwoordelijkheid voor de uitoefening van de functies dragen."

transitieperiode is dan ook lang.

- (330) Ten slotte kan het creëren van twee nieuwe entiteiten tot onduidelijkheid leiden als de rolverdeling tussen alle betrokken actoren niet duidelijk is. Het risico is dan ook reëel dat de transactieperiode en –kosten hoger zullen zijn dan als voor één van de opties wordt gekozen. Zo wijzen wij erop dat bijvoorbeeld onduidelijk is hoe de overdracht van de activa- en passiva van ProRail zou plaatsvinden in het hybride model met een zbo en een agentschap. Van alle duizenden contracten (en overige activa en passiva) zal immers bepaald moeten worden welke waar (het agentschap of de zbo) zullen worden ondergebracht.

10. IN HOEVERRE KAN ZONDER WIJZIGING VAN RECHTSVORM TEGEMOET WORDEN GEKOMEN AAN DE DOOR DE STAATSSECRETARIS GEFORMULEERDE WENSEN?

10.1. Uiteenzetting mogelijke maatregelen

- (331) Ter completering van de analyse van de mogelijkheden om de sturing van en het toezicht op ProRail vanuit I&M te intensiveren geven wij in het onderstaande een overzicht van mogelijke wijzigingen met betrekking tot ProRail zonder dat hiervoor een overgang naar een publieke rechtsvorm is vereist. Deze maatregelen zouden zowel individueel als gezamenlijk kunnen worden doorgevoerd, waarbij dient te worden opgemerkt dat de instelling van een commissaris van overheidsweg en het indienen van een verzoek tot ontheffing van de plicht een RvC in te stellen elkaar uitsluiten.

10.1.1. *Relationship Agreement* tussen de Staat als aandeelhouder en ProRail

- (332) ProRail zou als vennootschap een *Relationship Agreement* kunnen aangaan met de Staat in zijn rol van aandeelhouder met de Staatssecretaris als penvoerder. Een belangrijk onderdeel van de relatieovereenkomst zouden de informatieverplichtingen zijn van ProRail jegens de Staatssecretaris. Een *Relationship Agreement* zou een overzichtelijk kader bieden, waarin verwachtingen en bevoegdheden over en weer kunnen worden neergelegd. Het is van belang dat in een *Relationship Agreement* geen bepalingen kunnen worden opgenomen die afwijken van wetten, beleidsregels en besluiten (denk bijvoorbeeld aan de Beheerconcessie en subsidiebeschikkingen). Een opsomming van geldende plichten kan wel worden opgenomen. Een soortgelijke overeenkomst heeft de Staat, vertegenwoordigd door Stichting administratiekantoor Beheer Financiële Instellingen ("NLFI"), als aandeelhouder gesloten met ABN AMRO N.V. ("ABN AMRO"). NLFI en ABN AMRO waren reeds voor de beursgang van ABN AMRO toen NLFI nog 100% van de aandelen in ABN AMRO hield een *Relationship Agreement* aangegaan. Deze overeenkomst is na de beursgang van ABN AMRO op basis van de gewijzigde situatie aangepast.

10.1.2. Vergroting bevoegdheden AvA, mede door beperking bevoegdheden RvC tot wettelijk minimum

- (333) De RvC van ProRail beschikt op basis van de Statuten over bevoegdheden die verder strekken dan de bevoegdheden die de wet toekent aan de RvC. Artikel 13.4 van de Statuten geeft een opsomming van de besluiten van de RvB die zijn onderworpen aan goedkeuring van de AvA en de RvC. Artikel 13.5 van de Statuten geeft daarnaast een opsomming van besluiten van de RvB die enkel goedkeuring vereisen van de RvC. In het onderstaande overzicht is aangegeven welke besluiten van de RvB goedkeuring van de RvC vereisen

terwijl dit niet wettelijk is verplicht. Wij merken op dat voor wat betreft de besluiten onder (ii) en (iii)(a) geldt dat het onderstreepte gedeelte wel wettelijk is verplicht.

- (i) het vaststellen en/of wijzigen van de (lange termijn) strategie van de onderneming;
- (ii) het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste één vierde van het bedrag van het geplaatste kapitaal met de reserves volgens de balans met toelichting van de vennootschap of van een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag dan wel – indien de RvC geen bedrag heeft vastgesteld – ter waarde van een bedrag van ten minste vijfendertig miljoen euro (€ 35.000.000,--), door haar of een afhankelijke maatschappij, in het kapitaal van een andere vennootschap, alsmede het ingrijpend vergroten of verminderen van zulk een deelneming;
- (iii) investeringen:
 - (a) welke een bedrag vereisen gelijk aan ten minste één vierde gedeelte van het geplaatste kapitaal met de reserves van de vennootschap volgens haar balans met toelichting of boven een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag dan wel – indien de RvC geen bedrag heeft vastgesteld – boven een bedrag van ten minste vijfendertig miljoen euro (€ 35.000.000,--) waarbij samenhangende transacties als één investering worden beschouwd; of
 - (b) die van ingrijpende betekenis kunnen zijn voor de vennootschap; of
 - (c) die branchevreemd zijn; of
 - (d) die van principiële aard zijn;
- (iv) het verkrijgen, vervreemden, bezwaren, huren, verhuren en op andere wijze in gebruik of genot verkrijgen en geven van registergoederen, voor zover deze rechtshandelingen een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag te boven gaan;
- (v) het aangaan van overeenkomsten waarbij aan de vennootschap een bankkrediet wordt verleend, die een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag per jaar te boven gaan;
- (vi) het ter leen verstrekken van gelden alsmede het ter leen opnemen van gelden, die een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag per jaar te boven gaan, waaronder niets is begrepen het gebruikmaken van een aan de vennootschap verleend bankkrediet;
- (vii) het aangaan van overeenkomsten waarbij de vennootschap zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidsstelling voor een schuld van een derde verbindt, die een door de RvC vast te stellen en schriftelijk aan het bestuur op te geven bedrag per jaar te boven gaan.

- (334) Een beperking van bovengenoemde rechten zou een statutenwijziging vereisen. Deze wijziging zou zowel goedkeuring van de RvC als van de AvA vereisen. De besluiten genoemd onder (i), (ii) en (iii-a) vereisen op dit moment zowel goedkeuring van de AvA als de RvC. Door de besluiten onder (iii)(b)-(vii) aan de goedkeuring van de AvA te onderwerpen en geen bovenwettelijke goedkeuringsrechten meer toe te kennen aan de RvC zou de invloed van de Staatssecretaris over ProRail toenemen.
- (335) Daarnaast kunnen andere RvB-besluiten worden onderworpen aan de goedkeuring van de AvA, die thans nog niet zijn onderworpen aan de goedkeuring van de RvC of de AvA.

10.1.3. Toekennen van specifieke instructiebevoegdheid aan de AvA

- (336) Artikel 13.3 van de Statuten bepaalt dat de RvB zich zal gedragen naar de door de AvA gegeven aanwijzingen betreffende de algemene lijnen van het te volgen financiële, economische en sociale beleid en van het personeelsbeleid welke instructies niet strijdig mogen zijn met de doelstelling van de vennootschap als omschreven in artikel 2 van de Statuten. Op grond van artikel 2:239 lid 4 BW zou deze algemene instructiebevoegdheid van de AvA kunnen worden gehandhaafd, en worden aangevuld met een specifieke instructiebevoegdheid, al dan niet voor bepaalde onderwerpen, waardoor de AvA in plaats van op algemene lijnen ook concrete aanwijzingen zou kunnen geven aan de RvB.
- (337) De RvB mag instructies niet slaafs overnemen, maar moet altijd een belangenafweging maken. De belangen van de aandeelhouder, in dit geval de Staat, spelen een constante rol in deze afweging. Toch moet – als de uitkomst van de belangenafweging daartoe noopt – de RvB een keuze kunnen maken die niet strookt met de wensen van de Staat. Welke belangen nog meer een rol spelen in deze afweging, hangt af van de concrete situatie.
- (338) Men zou kunnen betogen dat door opname van een bevoegdheid tot het geven van een specifieke instructie, per definitie niet langer sprake is van (volledige) onafhankelijkheid vereist door het EU-recht. Zie daarvoor paragrafen 4.1.7 en 4.1.8. Gezien de belangenafweging die de RvB moet maken, lijkt ons dit niet waarschijnlijk. Overwogen zou kunnen worden om met het oog op het EU-recht slechts voor bepaalde onderwerpen een specifieke instructiebevoegdheid op te nemen. Ook dan kunnen zich situaties voordoen waarin de RvB van een instructie afwijkt omdat de onafhankelijkheid te veel in het gedrang zou komen. De RvB moet kunnen motiveren waarom hij van de instructie afwijkt; met andere woorden, de belangenafweging moet inzichtelijk kunnen worden gemaakt en gefundeerd zijn.
- (339) De verandering van een algemene instructiebevoegdheid naar een specifieke instructiebevoegdheid zou een statutenwijziging vereisen. Deze wijziging zou zowel goedkeuring van de RvC als van de AvA vereisen. Volledigheidshalve merken wij hier op dat een dergelijke verandering naar verwachting het advies van de OR zal vergen, zie ook paragraaf 4.3.6.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Dit adviesrecht zal naar verwachting ook gelden voor andere wijzigingen, zoals de inperking van de bevoegdheden van de RvC tot een minimum, het aangaan van een Relationship Agreement met de Staat (als dat de aandeelhouder extra bevoegdheden geeft) en bij de aanstelling van een commissaris van overheidswege, als dat ook in de statuten van ProRail aldus opgenomen wordt.

10.1.4. Parlementair hoorrecht bestuursvoorzitter van ProRail

- (340) Ter verantwoording van het gevoerde beleid zou een hoorrecht van de voorzitter van de RvB van ProRail voor de Tweede en Eerste Kamer in het leven kunnen worden geroepen, naar voorbeeld van hetzelfde recht dat de Tweede en Eerste Kamer op grond van artikel 19 van de Bankwet kunnen uitoefenen ten opzichte van de president van DNB. Een dergelijk hoorrecht ter verantwoording van het beleid van ProRail aan de Tweede en/of Eerste Kamer zou in een wet in formele zin moeten worden bepaald. Het parlementair hoorrecht zou ertoe leiden dat de voorzitter van de RvB niet enkel verantwoording aan de Staatssecretaris dient af te leggen, maar tevens aan het parlement.

10.1.5. Aanstelling van een commissaris van overheidswege

- (341) De Staat zou ervoor kunnen kiezen bij ProRail een commissaris van overheidswege in te voeren. De RvC van DNB kent eveneens een commissaris van overheidswege. Artikel 13 lid 2 Bankwet stelt verplicht dat één lid van de RvC van DNB van overheidswege wordt benoemd. De commissaris van overheidswege bij DNB heeft – bovenop zijn reguliere werkzaamheden als commissaris – een bijzondere bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen van het bestuur van DNB. De gedachte achter deze bevoegdheid is dat ten behoeve van de Minister van Financiën informatie kan worden vergaard over de taakuitvoering van DNB. Dit stelt de Minister van Financiën in staat toezicht te houden op de wijze waarop DNB wordt bestuurd, hetgeen wenselijk wordt geacht gelet op de bijzondere taak die DNB heeft als toezichthouder op de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel. Reguliere commissarissen beschikken niet over deze inlichtingenbevoegdheid.
- (342) Een commissaris van overheidswege zou bij ProRail op een soortgelijke manier inlichtingen kunnen vorderen ten behoeve van de Staatssecretaris, hetgeen de Staatssecretaris zou toestaan intensiever toezicht te houden op de wijze waarop ProRail wordt bestuurd. Voor de instelling van een verplichte benoeming van een commissaris van overheidswege bij ProRail zou een wet in formele zin vereist zijn. Sinds de wijziging van de structuurregeling op 1 oktober 2004 is het niet langer mogelijk een commissaris van overheidswege in te stellen bij een besloten vennootschap, tenzij dit per wet in formele zin wordt geregeld.¹⁰⁶
- (343) Naast de instelling per wet in formele zin van een commissaris van overheidswege met bijzondere bevoegdheden in navolging van DNB, zou ook geopteerd kunnen worden voor een aanpassing van de huidige regeling voor de benoeming van commissarissen. Op dit moment worden bij ProRail commissarissen op voordracht van de RvC benoemd door de AvA. Door middel van een statutenwijziging zou deze benoemingsprocedure kunnen worden gewijzigd, waardoor een commissaris zonder voordracht van de RvC door de AvA benoemd zou kunnen worden. Deze statutenwijziging zou goedkeuring vereisen van de RvC en de OR. Deze direct door de AvA benoemde commissaris zal echter geen bijzondere bevoegdheden hebben. Zijn meerwaarde ten opzichte van de andere commissarissen zou erin kunnen zijn gelegen dat hij bij de besluitvorming van de RvC verzekert dat het publieke belang evenveel gewicht in de schaal legt als andere betrokken belangen.

¹⁰⁶ Zie ook artikel 2:253 BW, waarin is bepaald dat bij vennootschappen waarop het structuurregime niet van toepassing is een of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, kunnen worden benoemd door derden. Wij gaan niet in op deze bepaling omdat de reden om te onderzoeken of het structuurregime niet langer hoeft te worden toegepast, is gelegen in de wens om geen RvC te hebben.

10.1.6. Verzoek tot ontheffing instellingsplicht raad van commissarissen

- (344) Een besloten vennootschap waarop het verzwakt structuurregime van toepassing is, is op grond van artikel 2:268 BW verplicht een RvC in te stellen. Deze verplichting geldt aldus voor Railinfratrust. ProRail past het verzwakt structuurregime vrijwillig toe en heeft op grond daarvan een RvC ingesteld, die uit dezelfde personen bestaat als de RvC van Railinfratrust. Nu ProRail het verzwakt structuurregime vrijwillig toepast, zou ProRail kunnen besluiten de RvC af te schaffen. Een eventueel besluit tot afschaffing van de RvC op het niveau van ProRail zou een wijziging van de Statuten vereisen waarvoor de goedkeuring van de RvC en de AvA is vereist en zou adviesplichtig zijn op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel e WOR. Nu de RvC op het niveau van Railinfratrust verplicht is ingesteld is het de vraag of een afschaffing van de RvC op het niveau van ProRail de invloed van de RvC daadwerkelijk zou beperken. De RvC op het niveau van Infratrust zou op grond van artikel 2:250 lid 2 BW nog steeds toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken binnen de vennootschap Railinfratrust en de met haar verbonden onderneming. ProRail is de enige dochtermaatschappij van Railinfratrust. De RvC van Railinfratrust zal dus tevens toezicht houden op belangrijke beslissingen van ProRail. Op grond hiervan zou een afschaffing van de RvC op het niveau van ProRail niet leiden tot een significante afname van de invloed van de RvC, de RvC zou immers op het niveau van Railinfratrust gehandhaafd blijven en aldus toezicht houden op de belangrijke beslissingen van ProRail. Daarmee zou afschaffing niet leiden tot de door de Staatssecretaris gewenste toename van de sturing van en het toezicht op ProRail door de Staat als aandeelhouder.
- (345) Railinfratrust zou echter op grond van artikel 2:266 BW de Minister van Justitie kunnen verzoeken, na daarover de SER te hebben gehoord, om ontheffing te verlenen van (onder meer) de verplichte instelling van een RvC. Het ontheffingsverzoek dient te worden gemotiveerd. Een onderbouwing die enkel stoelt op de wens om geen RvC in te stellen, lijkt onvoldoende. Van belang is dat het verzoek aansluit bij het doel en de strekking van de structuurregeling: de borging van de belangen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, waaronder uitdrukkelijk worden begrepen de belangen van de (eventuele) werknemers. Wij wijzen erop dat – voor zover wij kunnen zien op grond van openbare informatie – verzoeken ingesteld door structuurvennootschappen tot ontheffing voor de instelling van een RvC tot nog toe niet succesvol zijn geweest. Deze afgewezen verzoeken werden echter allen ingesteld door vennootschappen met private aandeelhouders. Voor zover wij weten hebben zich nog geen voorbeelden voorgedaan waarbij een structuurvennootschap met de Staat (of een andere publiekrechtelijke) als aandeelhouder de Minister van Justitie verzocht om ontheffing van de plicht een RvC in te stellen.
- (346) In verband met een eventueel ontheffingsverzoek wijzen wij nog op de overwegingen van de Minister van Financiën om de RvC verplicht te stellen bij de accountantskantoren die een vergunning hebben voor het controleren van organisaties van openbaar belang. Volgens de Minister van Financiën is de meerwaarde van een verplichte RvC – kort gezegd – gelegen in het instellen van onafhankelijk toezicht op de dagelijkse werkzaamheden waarmee een groot maatschappelijk belang gemoeid gaat. Bovendien komt dit volgens de Minister van Justitie de kwaliteit van het bestuurswerk ten goede. Mede op grond van deze overwegingen en het gebrek aan precedentes waarin een verzoek tot ontheffing van de plicht tot instellen van de RvC is het zeer lastig te beoordelen of een door Railinfratrust ingediend verzoek tot ontheffing zou worden gehonoreerd. Mocht Railinfratrust worden ontheven van zijn plicht een raad van commissarissen in te stellen, dan zal naar verwachting

het besluit om de RvC af te schaffen worden toegerekend aan ProRail en adviesplichtig zijn op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel e WOR.

10.2. De mate waarin de mogelijke maatregelen tegemoetkomen aan de randvoorwaarden van de Staatssecretaris

(347) Wij identificeren een aantal voordelen van de voorgestelde maatregelen zonder wijziging van de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid van ProRail ten opzichte van de status quo en de overige mogelijke maatregelen waarbij de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid van ProRail zou wijzigen of verdwijnen:

(A) *Verbetering van de sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris*

(348) De relatie tussen ProRail en I&M wordt geïntensiveerd en verbeterd. Daarmee worden de sturingsmogelijkheden verbeterd zonder dat dit negatieve consequenties heeft voor de rechtsposities van ProRail en I&M. Met name de voorgestelde *Relationship Agreement* zal de informatie-uitwisseling tussen ProRail en I&M als aandeelhouder kunnen formaliseren en verbeteren. De mogelijkheid voor de AvA om concrete instructies aan de RvB te geven zou I&M tevens in staat kunnen stellen directer sturing te geven aan ProRail.

(349) Bij behoud van de privaatrechtelijke rechtsvorm van ProRail kan bovendien de huidige concessie- en subsidiesystematiek behouden blijven, inclusief de daarin opgenomen sturingsmogelijkheden.¹⁰⁷

(B) *Verbetering van de controlemogelijkheden door de Tweede Kamer*

(350) Het voorgestelde parlementair hoorrecht zal de Tweede Kamer en/of Eerste Kamer in staat stellen de voorzitter van de RvB van ProRail publiekelijk ter verantwoording te roepen over het door ProRail gevoerde (bestuurs-)beleid. Een duidelijke, transparante informatie-uitwisseling tussen ProRail en de Staat als vastgelegd in de *Relationship Agreement* kunnen hier tevens aan bijdragen.

(C) *Wijzigingen mogen niet ten koste gaan van de primaire taak, namelijk betrouwbaar en veilig spoorvervoer*

(351) De voorgestelde maatregelen leiden op geen enkele manier af van de primaire taak van ProRail.

(D) *De in gang gezette verbeteringen (o.a. topstructuur, financiële verbeteropgave) mogen er niet onder lijden*

(352) De voorgestelde maatregelen leiden op geen enkele manier af van de in gang gezette

¹⁰⁷ In de Spoorwegwet zijn diverse bepalingen zijn opgenomen waaraan de beheerder moet voldoen en de rol die de Minister hierbij speelt. Zo moeten aan de concessie bepaalde verplichtingen worden verbonden (artikel 17) en moet de beheerder beschikken over een veiligheidsvergunning (artikel 16) en een indienststellingsvergunning (artikel 8) die door de Minister wordt verleend. Zowel de concessie als vergunning kunnen worden ingetrokken als de beheerder niet aan zijn verplichtingen voldoet. Ook kan aan de concessie een malusregeling worden verbonden. Verder is de beheerder verplicht om de Minister mondeling, schriftelijk of op andere wijze *alle* bij hen berustende gegevens te verstrekken en inzage te geven van boeken en bescheiden die betrekking hebben op het gebruik of beheer van spoorwegen en het vervoer daarover, voor zover Onze Minister dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig heeft (artikel 96).

verbeteringen. In tegendeel, zij zijn daar een voortzetting van.

(E) *De reizigers mogen er niet onder lijden*

- (353) De voorgestelde maatregelen hebben geen nadelige gevolgen voor de reizigers aangezien het de relatie tussen ProRail en I&M intensiveert en verbetert, maar het huidige wettelijke stelsel niet wijzigt.

(F) *De spoorwegondernemingen mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

- (354) De voorgestelde maatregelen hebben geen nadelige impact op de samenwerking met spoorwegondernemingen, welke thans is gebaseerd op privaatrechtelijke toegangsovereenkomsten. De vrijheid die ProRail heeft om in een horizontale relatie met aannemers en spoorwegondernemingen te contracteren blijft behouden.

(G) *De aannemers mogen er niet onder lijden en de goede samenwerking moet mogelijk blijven om zo de kwaliteit te kunnen blijven borgen*

- (355) De voorgestelde maatregelen hebben geen nadelige impact op de samenwerking met aannemers aangezien er geen invloed is op de bestaande en nog te sluiten overeenkomsten.

(H) *Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk*

- (356) In dit scenario wordt dit uitgangspunt volledig gerespecteerd en gerealiseerd. De werknemers van ProRail kunnen in de huidige ProRail B.V. 'blijven zitten', zij kunnen hun arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht behouden en hun arbeidsvoorwaarden kunnen ongewijzigd in stand blijven. Dit scenario behoeft dan ook geen consequenties te hebben voor het personeel van ProRail.

(I) *Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen*

- (357) Een beleidsdeelneming is niet de eerste keuze van het kabinet, maar ook niet uitgesloten. Daarbij is van belang dat het Kabinet naast het beleid omtrent zbo's en agentschappen ook een deelnemingenbeleid heeft.¹⁰⁸ Uitgangspunt van dit beleid is juist dat de motto's van "privatiseren, tenzij" of "publiek, tenzij", losgelaten zijn: "*Het besluit om wel of niet te privatiseren moet per casus worden beoordeeld, zonder dat daar een streven aan ten grondslag ligt om de portefeuille zo klein of zo groot mogelijk te maken(...) Het aandeelhouderschap kan een toegevoegde waarde bieden bij de borging van publieke belangen die deze bedrijven behartigen. Daarom beziet het kabinet in de voorliggende nota voor alle afzonderlijke staatsdeelnemingen of staatsaandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft.*"¹⁰⁹ In deze Nota wordt het publieke belang van ProRail onderstreept.¹¹⁰

¹⁰⁸ Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, *Kamerstukken II*, 2013/14, 28165, nr. 165.

¹⁰⁹ Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 7.

¹¹⁰ "*De belangen die gemoeid zijn met het Nederlandse spoor zien met name op bereikbaarheid in Nederland zowel ten aanzien van het vervoer van personen als van goederen. Het spoorweginfrastructuur is een vitale schakel in de bereikbaarheid van Nederland per spoor. ProRail heeft de zorgplicht voor deze infrastructuur. Met ProRail zijn zodoende de volgende publieke*

- (358) Het behoud van ProRail als beleidsdeelneming past dan ook binnen Kabinetsbeleid, namelijk het Deelnemingenbeleid.

(J) De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving

- (359) De voorgestelde maatregelen hebben in beginsel geen gevolg voor de op ProRail van toepassing zijnde Europeesrechtelijke wet- en regelgeving. Op grond van het Europese recht moeten een spoorwegonderneming, de infrastructuurbeheerder en de veiligheidsinstantie onafhankelijk ten opzichte van elkaar zijn. Door ProRail als privaatrechtelijke rechtspersoon op afstand van zowel de spoorwegonderneming als de overheid te plaatsen wordt deze onafhankelijkheid het beste geborgd. Als ProRail binnen het publieke domein wordt gebracht wijzigt de afstand tot de spoorwegondernemingen niet, maar komt zij dichterbij de veiligheidsinstantie te staan. Hiermee komt de onafhankelijkheid van het toezicht op ProRail door de veiligheidsinstantie onder druk te staan.

(K) Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen

- (360) De vrijheid die ProRail heeft om in een horizontale relatie met aannemers en spoorwegondernemingen te contracteren lijkt essentieel voor (het behoud van) het vakmanschap en ondernemerschap.

(L) Zo kort mogelijke transitieperiode en zo laag mogelijke transitiekosten

- (361) De voorgestelde maatregelen kunnen relatief snel worden doorgevoerd in vergelijking met de mogelijke vormen van omzetting van ProRail naar een publiekrechtelijke organisatie, aangenomen dat de betrokken spelers (RvC, I&M, parlement) hun medewerking verlenen. Ook de kosten van de voorgestelde maatregelen voor zowel ProRail als de Staat zijn zeer beperkt.

- (362) Bovendien is een wetswijziging niet nodig. Als gekozen wordt voor een andere publiekrechtelijke organisatievorm voor ProRail dan dient de Spoorwegwet aanzienlijk gewijzigd te worden. Moeilijk voorstelbaar is immers dat de Staatssecretaris aan zichzelf (in het geval van een agentschap) een concessie verleent of aan zichzelf een boete oplegt. Als een van de randvoorwaarden van de Staatssecretaris is om dat wijzigingen zo minimaal en efficiënt mogelijk te houden dan pleit dit voor het behoud van de privaatrechtelijke rechtsvorm voor ProRail (al dan niet met toepassing van de genoemde maatregelen ter intensivering van de sturing van en toezicht op ProRail).

belangen gemoeid:

- *Continuïteit, beschikbaarheid en kwaliteit van het hoofdspoorweginfrastructuur en daarmee samenhangende voorzieningen;*
- *Efficiënte marktverhoudingen: non-discriminatoire verdeling van de capaciteit van de infrastructuur;*
- *Veiligheid en duurzaamheid." (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 71).*

11. SYNTHESE EN CONCLUSIE

(363) Als bovenstaande analyse naast de door de Staatssecretaris geformuleerde randvoorwaarden wordt gelegd dan kan dit als volgt schematisch worden weergegeven. Wij waarderen de randvoorwaarden op een schaal van 1 tot 5, waarbij 1 een onvoldoende is, 3 een voldoende en 5 de hoogste score.

	Agentschap	ZBO zonder rechtspersoonlijkheid	ZBO met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid	ZBO met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid	Hybride vorm	Behoud huidige vorm (met maatregelen ter intensivering van sturing en toezicht)
<i>Sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris</i>	5	4	4	4	3	3
<i>Controlemogelijkheden door de Tweede Kamer</i>	5	3	3	3	3	3
<i>Wijzigingen mogen niet afleiden van de primaire taak</i>	2	2	2	4	1	5
<i>De in gang gezette verbeteringen mogen er niet onder lijden</i>	2	2	2	4	1	5
<i>De reizigers mogen er niet onder lijden</i>	2	2	2	4	2	5
<i>Spoorwegonderneming en mogen er niet onder lijden</i>	2	2	2	4	2	5
<i>De aannemers mogen er niet onder lijden</i>	3	3	3	5	3	5
<i>Consequenties voor rechtspositie van personeel zijn zo klein mogelijk.</i>	1	1	3	5	1	5
<i>Het moet passen binnen geldend beleid voor zbo's en agentschappen</i>	5	5	4	3	5	2
<i>De nieuwe setting moet voldoen aan de Europese wet- en regelgeving</i>	1	2	3	4	3	5
<i>Het vakmanschap van ProRail mag niet in het gedrang komen</i>	1	2	3	4	3	5
<i>Zo kort mogelijke transitieperiode</i>	1	1	1	3	1	5
<i>Zo laag mogelijke transitiekosten¹¹¹</i>	1	1	3	4	1	5
Totaal	31	30	35	51	29	58

(364) Voor een goede interpretatie van de tabel is nog het volgende van belang. Onderaan de tabel zijn de gegeven scores opgeteld waarbij aan iedere randvoorwaarde dezelfde gewichting is toegekend. Welke vorm uiteindelijk de voorkeur heeft, zal echter juist met name afhangen van het belang dat aan ieder van deze aspecten wordt gehecht.

(365) Zo geldt bijvoorbeeld voor het agentschap dat deze de meeste sturingsmogelijkheden voor de Staatssecretaris biedt, maar ook hoge transitiekosten heeft, omdat een geheel nieuw

¹¹¹ Bij transitiekosten kan onder meer worden gedacht aan (personeels-)kosten, maar ook het risico op onrust bij stakeholders als de bestaande juridische relatie wordt gewijzigd en de periode van (juridische) onduidelijkheid die hierdoor kan ontstaan.

wettelijk stelsel tot stand zal moeten worden gebracht. Ook bestaan bij deze vorm de grootste twijfels over de vraag of en zo ja hoe, dit kan worden gerealiseerd binnen de kaders van de Europese richtlijnen. Aan het andere uiteinde van het spectrum is het behoud van de huidige vennootschap (met maatregelen ter intensivering van sturing en toezicht) opgenomen, waarvoor geldt dat deze lager scoort op de sturingsmogelijkheden, maar het wel mogelijk is om tegen lage transitiekosten bepaalde quick wins te realiseren.

- (366) Daarnaast zullen bij de besluitvorming ook niet-juridische aspecten een rol spelen die in dit advies niet zijn betrokken.
- (367) In het kader van zorgvuldige besluitvorming kan dus niet worden volstaan met het optellen van de scores. Bedacht zal moeten worden of bepaalde randvoorwaarden een 'go / no go' vormen.
- (368) Ook is een verdere uitwerking van de diverse vormen wenselijk, omdat pas als duidelijk is hoe de organisatievormen concreet vormgegeven zouden worden, echt inzichtelijk wordt wat de consequenties zullen zijn.
- (369) Wij vertrouwen er op dat voor dit moment deze analyse bruikbaar is in het debat over de gewenste organisatievorm van ProRail.

Tom Barkhuysen en Heleen Kersten

Contactgegevens:

Prof. mr. T. Barkhuysen

Advocaat

T +31 20 546 03 90

F +31 20 546 07 10

M +31 6 224 712 63

Tom.Barkhuysen@Stibbe.com

Mr. drs. H.H. Kersten

Advocaat

T +31 20 546 03 70

F +31 20 546 01 23

M +31 6 533 594 50

Heleen.Kersten@Stibbe.com