

# ProRail als privaatrechtelijk ZBO

Reflecties op een wetsvoorstel



# Grip op ProRail

## Grip op ProRail

## Context

## Zeggenschap ZBO

## Oprichting ZBO

## 3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

## Wetgevingstechniek

## Benoemingen

## Belangentegenstelling

## Begroting

## Bijlagen

1. Na bijna 10 jaar discussie ligt er een voorstel voor de omvorming van ProRail tot een privaatrechtelijk ZBO. Ik heb me in het verleden afgevraagd waarom omvorming tot ZBO eigenlijk nodig was en nog is daar wel twijfel bij omdat het aan de kern van het functioneren van de organisatie niet veel verandert.
2. Wat wel verandert is dat met het formuleren van een wettelijke taak de minister erkent dat concurrentie op het punt van beheer spoorweginfrastructuur niet kan.
3. Gezien het voorstel dat er nu ligt is mijn hoofdconclusie dat ten opzichte van het alternatief van een publiekrechtelijk ZBO vanuit sturingsperspectief voor de minister geen wezenlijke verschillen voor interventie zijn. Op sommige punten gaat het wetsvoorstel zelfs verder dan eenvoudigweg van toepassing verklaren van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen.
4. Vanuit besturingsperspectief zie ik de volgende hoofdlijnen.
  - Een begroting met een meerjarenraming aan de minister voorleggen is een toevoeging ten opzichte van de Kaderwet. Gezien de lange termijn opgaven van ProRail past dat, met de kanttekening of er geen aansluiting moet worden gezocht bij een doorkijk in lijn met het MIRT.
  - Benoemingsrechten zijn effectief vergelijkbaar met een publiekrechtelijk ZBO. Daarbij is aandacht voor nog verder uit te werken onverenigbaarheden van functies. De beloning van bestuurders valt onder de WNT.
  - Zowel in een publiekrechtelijk als in een privaatrechtelijk ZBO blijven de rollen van eigenaar en opdrachtgever schuren. In beide gevallen is in een interne toezichthouder voorzien waarmee ook een veiligheidsklep voor signalen over uitvoerbaarheid van opdrachten is ingebouwd.

# Context

Grip op ProRail

**Context**

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

Geachte leden van de commissie I&M,

U heeft gevraagd een bijdrage te leveren aan de gedachtewisseling over de politieke sturing op en juridische inbedding van ProRail. De discussie loopt ten minste sinds 2015 naar aanleiding van de kabinetsreactie op de parlementaire enquête Fyra.

Het voorstel dat het kabinet nu voorlegt is het resultaat van afpellen van de mogelijkheden van volledige integratie van ProRail binnen een ministerie in de vorm van een agentschap via publiekrechtelijk Zelfstandig Bestuursorgaan (ZBO) naar privaatrechtelijk ZBO.

De huidige juridische positie van ProRail is die van een privaatrechtelijke onderneming die geheel in handen is van de Staat. Dat was ook al zo voor de splitsing tussen NS en ProRail. In de nota [Deelnemingenbeleid 2013](#) en voorgangers is bij deelnemingen een onderscheid gemaakt tussen gewone deelnemingen en beleidsdeelnemingen. Bij beleidsdeelnemingen blijft de rol van aandeelhouder bij de vakminister omdat '...er geen goed onderscheid te maken is tussen een zelfstandig functionerende onderneming en de beleidsmatige aspecten...' (p. 38). Voor ProRail was en is dat van toepassing vanwege de '...grote budgettaire verwevenheid tussen onderneming en vakdepartement.' (p. 39). Die situatie is nog steeds van toepassing.

De politieke wens van het kabinet was om beter op ProRail te kunnen sturen en rechtstreeks verantwoording aan Uw Kamer te kunnen afleggen (Kamerstuk 25268, nr. 139, p. 1). De vraag is nu of dat het huidige kabinetsvoorstel in lijn is met die wensen.

# Zeggenschap over ZBO

Een ZBO is een vorm van een uitvoeringsorganisatie op het niveau van het Rijk buiten de hiërarchie van een ministerie. Dat is vastgelegd in artikel 1 van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen (hierna: Kaderwet). Dat betekent ook dat de ministeriële verantwoordelijkheid tot op zekere hoogte beperkt is. Populair gezegd gaat de minister over het 'wat' en het ZBO over het 'hoe' (Kamerstuk 35396 nr. 3, p. 37). Diezelfde rolverdeling geldt overigens ook wanneer er sprake is van een agentschap. Dat wordt immers opgericht omdat er aanleiding is voor 'afwijkend beheer' (art. 2.20, eerste lid Comptabiliteitswet 2016) en er wordt onderscheid gemaakt tussen beleidsverantwoordelijkheid en organisatie-verantwoordelijkheid (continuïteitsverantwoordelijkheid) (art. 6, Regeling Agentschappen 2024).

Uw Kamer heeft een kaderstellende en toezichhoudende rol via wetgeving en het budgetrecht en de leer van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen



# Oprichting ZBO

De Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen (hierna: Kaderwet) is limitatief wanneer het gaat om de motieven om een ZBO op te richten (art. 3 Kaderwet). Daarnaast is er een voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving, tenzij (art. 4 Kaderwet).

Onafhankelijk van de juridische vormgeving van een ZBO moet de minister Uw Kamer informeren over wijzigingen in de aan een ZBO opgedragen taken (art. 6 Kaderwet). Daarmee heeft U als volksvertegenwoordiger de mogelijkheid om uw controlerende taak waar het gaat om de toewijzing van taken aan een organisatie buiten de ministeriële hiërarchie te kunnen uitoefenen.

De Kaderwet kent een lange voorgeschiedenis en is eigenlijk geschreven vanuit de gedachte van verzelfstandiging van departementale diensten naar zelfstandige rechtspersonen. Omvorming van al bestaande privaatrechtelijke zelfstandige rechtspersonen naar publiekrechtelijke ZBO's is wel voorgekomen, maar ging over (niet winst beogende) stichtingen. Denk aan UWV, waarbij tevens sprake was van een fusie van meerdere organisaties, de AFM of het CAK. Dat leverde al uitzonderingsbepalingen op waar het gaat om de rechtspositie van het personeel (art. 15 Kaderwet).

Daar waar sprake is van Vennootschappen die een publiekrechtelijke taak uitoefenen is dat eigenlijk alleen in combinatie met andere taken. We spreken dan van deeltijd ZBO's (Kamerstuk 33 147, nr. 4, p. 8). Dat geldt voor DNB waar de toezicht-taak als ZBO-taak wordt gezien. ProRail is het enige andere vennootschappelijke voorbeeld met een ZBO-taak die bij één partij is belegd. De overige vennootschappen met een ZBO-taak doen dat in concurrentie, denk aan de APK-keuring door garages. Omvorming van een vennootschap naar publiekrechtelijk ZBO levert naast de eerder genoemde rechtspositionele vraagstukken ook fiscale vraagstukken op omdat liquideren van een vennootschap tot afrekenen met de belastingdienst leidt.

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen



# ProRail en 3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

De derde Nota van Wijziging en het Advies van de Raad van State daarbij gaan uitgebreid in op het waarom van een privaatrechtelijk ZBO.

Uit de Britse ervaringen met concurrentie rondom spoorbeheer kunnen we in ieder geval leren dat een spoorbeheerder in handen van de Staat zo slecht nog niet is (Shaoul, 2004). Scheiding tussen beheer van het spoorwegnet en vervoerders wordt in Duitsland als problematisch gezien (Monopolkommission, 2019, p. 21). ProRail als onafhankelijke beheerder van het net en als onderneming in handen van de Staat komt in principe aan deze bezwaren tegemoet. Of de juridische status veranderd moet worden is de volgende vraag.

Hierna worden enkele specifieke punten daarvan van commentaar voorzien. Het fiscale vraagstuk blijft buiten beschouwing, dat is in de Memorie van Toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel toegelicht en met de derde Nota van Wijziging niet meer relevant. Het gaat dan om het volgende:

1. Wetgevingstechniek
2. Benoemingen en beloningen
3. Belangentegenstelling
4. Planvorming en begroting

Hierbij wordt mede teruggegrepen op de '[Factsheet elementen van sturing en verantwoording](#)' die als bijlage bij de oorspronkelijke voorstellen van het kabinet in 2016 was toegevoegd en in deze notitie is aangevuld.

# Wetgevingstechniek

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

1. Opvallend is dat de minister van I&W er niet voor kiest een directe verwijzing naar het van toepassing zijn van de Kaderwet te maken. Dat was al het geval in het oorspronkelijke voorstel van wet (artikel 7) en is zo gebleven. Bij andere ZBO's (Kadaster en CBR) onder de verantwoordelijkheid van de minister van I&W is wel expliciet verwezen naar de Kaderwet. Bij Kadaster en CBR is de bepaling uit de Kaderwet over de rechtspositie van het personeel uitgezonderd.
2. Met een directe verwijzing naar de Kaderwet zouden de hoofdstukken 1, 3, 4 en 5 van toepassing zijn. Daar waar uitzonderingen of aanvullingen nodig zijn kunnen die juist expliciet in de wet worden genoemd. Nu blijkt dat er aanvullende bepalingen nodig zijn, bijvoorbeeld over informatievoorziening in artikel 15e (nieuw) waar al een basis voor is in artikel 20 Kaderwet.
3. In het onderdeel planvorming en begroting is afzonderlijk aandacht voor de bepalingen van artikel 32 Kaderwet over voorafgaande instemming van de minister bij bepaalde financiële transacties.
4. Tot slot valt op dat in de artikel 15b (nieuw), tweede en vierde lid, het woord 'concessieverlener' wordt gebruikt, terwijl een van de argumenten voor deze wetswijziging is dat de minister erkent dat er geen andere partij is die de taken van ProRail kan overnemen (Kamerstuk 35396, nr. 3, p. 11) en er daarmee geen concessie meer is.



# Benoemingen en beloningen

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

**Benoemingen**

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

1. Met het in stand houden van de BV structuur blijft er sprake van een verhouding tussen Aandeelhouder (minister), Raad van Commissarissen en Raad van Bestuur. Waar de minister bij een publiekrechtelijk ZBO directe benoemingsrechten heeft, loopt dat in een BV via de aandeelhoudersvergadering. Om meer invloed te krijgen, is in artikel 16a van het voorliggende wetsvoorstel geregeld dat de minister aanvullende regels zal stellen. Op dit onderwerp zijn meerdere opties mogelijk. De RvS bepleit wettelijke regeling, de minister bepleit een AMvB. De gebruikelijke optie zou via de Statuten zijn, dan blijft men het dichtst bij het BV-regime.
2. De corporate governance code 2022 stelt in ieder geval minimum eisen aan de onafhankelijkheid van de commissarissen en via de profielschets voor bestuurders (BW2: 242 lid 2) kan eveneens worden gestuurd. Daarmee zijn de instrumenten voor benoemingen beschikbaar, mede gelet op het feit dat de minister van I&W de enige aandeelhouder is en daarmee invloed kan uitoefenen op de statuten. Wat dan resteert is de vraag of Uw Kamer via een voorhangprocedure van een AMvB dan wel bij een statutenwijziging invloed wil nemen. De minister kiest nu de route van de AMvB. Dat komt mede omdat uit de [evaluatie van de Comptabiliteitwet](#) (p. 74) blijkt dat er geen formele titel is om statutenwijzigingen voor te leggen. Formele wetgeving in de zin van opnemen van eisen aan bestuurders en commissarissen in de (Spoorweg)wet heeft als nadeel dat wijzigingen een langere doorlooptijd vragen.
3. Door de bepaling van artikel IIIB in de derde Nota van Wijzigingen is geborgd dat de Wet Normering Topinkomens van toepassing is.



# Belangentegenstelling

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

**Belangentegenstelling**

Begroting

Bijlagen

1. Zowel in de huidige constructie, als in de nieuwe constructie heeft de minister van I&W een dubbele pet, te weten die van eigenaar en die van opdrachtgever. Dat zou bij een publiekrechtelijk ZBO in de regel eveneens het geval zijn. Wellicht nog iets sterker omdat er in de Kaderwet niet is voorzien in een onafhankelijk orgaan (RvC of Raad van Advies) dat mede oordeelt over de vraag of de wensen van de opdrachtgever voor de organisatie wel uitvoerbaar zijn.
2. In het oorspronkelijke voorstel voor een publiekrechtelijke vormgeving van ProRail was in artikel 15a en 15b de vorming en bevoegdheden van een Raad van Toezicht opgenomen. Met uitzondering van de werkgeversfunctie zou de Raad van Toezicht vergelijkbare bevoegdheden met die van een RvC hebben. Daar was voor gekozen vanwege de complexiteit van het takenpakket van ProRail (Kamerstuk 35396, nr. 3, p. 18). Daarmee blijft het beoordelen van taken en opgaven vanuit het perspectief van de bedrijfsvoering van ProRail een onderwerp dat kan blijven schuren.
3. Tegelijkertijd is dit precies het punt waar U als volksvertegenwoordiging de minister ter verantwoording kunt roepen. Welke afwegingen maakt de minister wanneer er sprake zou zijn van strijdigheid tussen politieke wensen en uitvoerbaarheid of bedreiging van de continuïteit van de uitvoeringsorganisatie. Die vraag doet zich niet alleen bij ZBO's voor, denk aan de [brief van 14 oktober 2024](#) van de Staatssecretaris van Financiën over de modernisering van de ICT van de belastingdienst. Daarin is aangekondigd dat belangrijke wetswijzigingen niet kunnen worden geïmplementeerd voor 2029.

# Begroting en Planvorming (1)

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

1. Wanneer het gaat om het budgetrecht van de volksvertegenwoordiging verandert er relatief weinig. De beschikbare middelen staan ook nu op de rijksbegroting. De zeggenschap van de minister over tariefstelling wordt wat groter (art. 7). Dat kan aanleiding zijn om na te denken over beheersmaatregelen. Zo is er voor DNB en AFM de Regeling Bekostiging Financieel Toezicht ontstaan naar aanleiding van steeds hogere toezicht kosten die door de markt moeten worden gedragen. Via de goedkeuring van de totale begroting heeft de minister van I&W overigens ook zicht op de verwachte ontwikkeling van de totale opbrengst uit tarieven.
2. De informatievoorziening voor de minister wordt sterker en concreter. De minister kan regels stellen over informatievoorziening (art. 15d nieuw/15g oud) op een manier die explicieter is dan de algemene formuleringen uit de Kaderwet. Deels is dat van belang om discussies met een privaatrechtelijke organisatie over wat wel en niet relevant is te voorkomen, deels simpelweg om een goed onderling werkproces af te spreken dat op grond van de Kaderwet in de toezicht arrangementen van de verschillende ministeries moet worden ingebouwd.
3. In afwijking van de Kaderwet corrigeert het ministerie van I&W een omissie in de Kaderwet met een standaard bepaling over een meerjarenraming in de wetgeving voor ZBO's opgenomen (art. 15b, 1<sup>e</sup> lid nieuw). Gezien de betekenis van investeringen bij ProRail is een dergelijke bepaling niet vreemd. De vraag is of het lange termijn karakter van de investeringen eigenlijk niet rechtvaardigt om de strategie bepalingen aan te laten sluiten bij de looptijden van het MIRT (15 jaar) zoals bij het Mobiliteitsfonds wordt gedaan.

# Begroting en Planvorming (2)

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

4. Artikel 32 Kaderwet bevat een reeks bepalingen over belangrijke financiële transacties. Het artikel is niet genoemd in de passage van artikel 15a in de derde Nota van Wijzigingen. Men kan stellen dat de onderdelen over oprichten of deelnemen in een rechtspersoon (art. 32a), in eigendom verwerven van registergoederen (art. 32b), garanties (art. 32e) en faillissementsaanvraag (art. 32g) tot de strategische vraagstukken van de onderneming behoren en langs die weg bij de aandeelhouder op tafel komen. Daarmee zou benoemen in het wetsvoorstel overbodig zijn. Maar als elders regels worden gemaakt over gedetailleerde informatievoorziening aan de minister, waarom dan ook niet deze onderwerpen expliciet benoemen?
5. Artikel 32d over leningen is afgedekt door artikel 15 (nieuw) tweede lid. Als ProRail bij de Staat leent, is de toestemming via de Comptabiliteitswet geborgd.
6. Artikel 32f over reserves is niet noodzakelijk. De aandeelhouder heeft immers de bevoegdheid om te bepalen wat er met de winsten van de onderneming gebeurt. Dat kan zowel sparen voor de toekomst zijn als het uitkeren van winst aan de aandeelhouder. Aangezien dat een keuze van de minister van I&W in de rol van aandeelhouder is, is hier sprake van eenduidige ministeriële verantwoordelijkheid. Zonder de bepaling in de Kaderwet zou dat voor publiekrechtelijke ZBOs niet zo zijn.

# Bijlagen



# Samenvatting factsheet

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

Sturing en Verantwoording	ProRail B.V.	ProRail publiekrechtelijk ZBO	ProRail privaatrechtelijk ZBO
Goedkeuring begroting	Nee	Ja, art. 29 Kaderwet	Art. 15a, kan via Kaderwet
Goedkeuring financieel meerjarenplan	Deels	Ja, maar aanvullende bepaling	Ja, aanvullende bepaling in art. 15b
Goedkeuring jaarrekening	Ja	Ja, art. 34 Kaderwet	Ja, formeel via AVA, art. 15a onder verwijzing naar Kaderwet
Goedkeuring Tarieven	Nee	Ja, art. 17 Kaderwet	Indirect, via regels in art. 7, 5 <sup>e</sup> lid en 8, 5 <sup>e</sup> lid. Hier speelt goedkeuringsrecht begroting ook een rol.
Begrotingscyclus Rijk	Deels	Ja, artt. 18 en 26 Kaderwet	Ja, via art. 15a, Kan rechtstreeks via Kaderwet
Benoeming Bestuur	Getrapt	Ja, art. 12 Kaderwet	Blijft getrapt
Ontslag Bestuur	Ja	Ja, art. 12 Kaderwet	Ongewijzigd
Bezoldiging Bestuur	Nee	Ja, art. 14 Kaderwet	Ja, art. IIIB, kan via Kaderwet
Strategie	Ja	Ja, maar aanvullende bepaling I&M	Ja, art. 15b (nieuw)
Beleidsregels taken	Deels	Ja, met uitzondering essentiële functies (art. 11, 2 <sup>e</sup> lid)	Ja, met dezelfde uitzondering (art. 10 nieuw)

# Samenvatting Factsheet (2)

Grip op ProRail

Context

Zeggenschap ZBO

Oprichting ZBO

3<sup>e</sup> Nota van Wijziging

Wetgevingstechniek

Benoemingen

Belangentegenstelling

Begroting

Bijlagen

Sturing en Verantwoording	ProRail B.V.	ProRail publiekrechtelijk ZBO	ProRail privaatrechtelijk ZBO
Sturing prestaties	Ja	Ja	Ja, via 15d
Sturing doelmatigheid	Indirect		Ja, via 15d
Informatieverplichting eigenaar/opdrachtgever	Deels	Ja	Ja, via 15d (nieuw; 15g oud). Aanscherping art. 20 Kaderwet.
Periodieke rapportages	Ja	Ja	Ja, via 15d (nieuw; 15g oud). Aanscherping art. 30 Kaderwet.
Toezicht risico (continuïteit) organisatie	Deels (rol RvC)	Ja, art. 23 en 32 Kaderwet	Blijft RvC, in combinatie met 15h (oud) over vervreemding hoofdspoor-net. n.b. hier lijkt in 3 <sup>e</sup> NvW een verwijfsfout in de tekst te zitten aangezien art 15h (oud) 15 <sup>e</sup> (nieuw) wordt. Het artikel kent geen lid nummers, maar letters.
Wet Openbaarheid	Nee	Ja	Ja, art. 13
Alg. wet Bestuursrecht	Nee	Ja	Ja, art. 13
Klachtenregeling	Niet genoemd	Ja, art. 19, eerste lid Kaderwet	Ja, art. 12(nieuw) 2 <sup>e</sup> lid, maar eigenlijk verwijzing art. 19 Kaderwet

# Bronnen

- Grip op ProRail
- Context
- Zeggenschap ZBO
- Oprichting ZBO
- 3<sup>e</sup> Nota van Wijziging
- Wetgevingstechniek
- Benoemingen
- Belangentegenstelling
- Begroting
- Bijlagen
- Knapper, A., Creutzberg, R., Baran, A., Harmes, S., Roosenschoon, T.-J., Dister, M. , m.m.v. Dijk, A. van, Munneke, S., Winter, H. B., Budding, T., Kruijf, J. de, Asbeek Brusse, W., Monnickendam, H., Bogtstra, M./Beenakker, E., & Clerx, J. (2023). *Evaluatie Comptabiliteitswet 2016: Wellicht wat taai, wel belangrijk*. *Kamerstukken II 2023/24*, 33670, nr. 16, blg-1117414. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1117414>
- Ministerie van Financiën. (2013). Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013. *Kamerstukken II 2013/14*, 28165 nr. 165, blg-257799 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-257799>
- Ministerie van Infrastructuur en Milieu. (2016). *Factsheet elementen van sturing en verantwoording*. *Kamerstukken II 2016/17*, 25268, nr. 139, blg-793167. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-793167>
- Monopolkommission. (2019). *Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene: Sektorgutachten der Monopolkommission gemäß § 78 ERegG*. [https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/7sg\\_bahn\\_volltext.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/7sg_bahn_volltext.pdf)
- Shaoul, J. (2004). Railpolitik: The Financial Realities of Operating Britain's National Railways. *Public Money & Management*, 24(1), 27-36. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9302.2004.00390.x>