

Position Paper Raad van Commissarissen ProRail

De Raad van Commissarissen van ProRail heeft vanaf het bekend worden van het voornemen om ProRail om te vormen tot een zbo het standpunt ingenomen dat – gegeven het feit dat de Staat 100% aandeelhouder is en het beschikbaar komen van belastinggeld voor de uitvoering van de werkzaamheden – het aan de politiek is om te bepalen hoe zij een en ander wil organiseren. De Raad richt zich bij de beoordeling op de uitvoerbaarheid van de plannen en de impact op de verschillende interne en externe stakeholders.

Het ministerie van IenW is opdrachtgever van ProRail. ProRail geeft aan onder welke voorwaarden zij in staat is om het gevraagde onderhoud en de voorgenomen investeringen te doen. Het ministerie is verantwoordelijk voor het 'wat', ProRail voor het 'hoe'. Het spreekt voor zich dat de staatssecretaris als opdrachtgever over alle benodigde informatie moet beschikken om te beoordelen hoe ProRail haar taken wil uitvoeren en te bepalen of hij hiermee akkoord gaat. Evenals dat de staatssecretaris ook zicht moet houden op de uitvoering, middels voortgangsrapportages, verantwoording, etc.

De keuze die nu voorligt is een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan. De eerdere keuze voor een publiekrechtelijk zbo wordt losgelaten, maar vastgesteld moet worden dat bijna alle onderdelen van de Kaderwet zbo van toepassing worden verklaard. Met het wetsvoorstel worden zo meerdere organisatierechtelijke kaders van toepassing op ProRail. Enerzijds een publiekrechtelijk regime (Kaderwet zbo, Awb, Woo, etc.), anderzijds het vennootschappelijk regime (boek 2 BW). Uit het advies van de Raad van State over de Derde Nota van Wijziging blijkt dat deze zorgen ook door hen gedeeld worden. De Raad van State ziet dat de spanning tussen het vennootschappelijk belang en het algemeen belang met het voorstel 'misschien zelfs versterkt wordt met de constructie als privaatrechtelijk zbo'. De Raad van Commissarissen deelt deze opvatting. Waar in de huidige situatie de privaatrechtelijke (aandeelhouderschap) en publiekrechtelijke (concessie, subsidies) sturingsmogelijkheden van de staatssecretaris duidelijk te onderscheiden zijn, is dat in de beoogde situatie minder het geval. De spanning tussen de verschillende rollen zal daardoor toenemen.

Ook de wetgever heeft zich eerder uitgelaten over de spanning tussen publiek- en privaatrecht. In de Memorie van Toelichting van de Kaderwet zbo staat: "Het neemt niet weg dat er goede redenen kunnen zijn om bepaalde onderwerpen uit de Kaderwet niet van toepassing te doen zijn op privaatrechtelijke vormgegeven zelfstandige bestuursorganen. Privaatrechtelijke hebben immers al een eigen organisatierechtelijke kader: het Burgerlijk Wetboek. De organisatierechtelijke regels van de Kaderwet kunnen om die reden overbodig zijn of tegenstrijdig zijn aan de regels van het Burgerlijk wetboek".¹ Toch wordt in het voorliggende voorstel de keuze gemaakt om de *publiekrechtelijke* Planning en Control-cyclus uit de Kaderwet zbo toe te passen op het *privaatrechtelijke* ProRail. Daarbij wordt in het nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State gesuggereerd dat bij spanning tussen deze regimes, de Kaderwet zbo preferent is, maar dit blijkt niet uit het wetsvoorstel.

Deze keuze voor twee regimes kan problemen veroorzaken wanneer acht geslagen wordt op de statutaire verantwoordelijkheden van de leden van de Raad van Bestuur en tussen de verantwoordelijkheden op grond van het Burgerlijk Wetboek van de Raad van Commissarissen en de verantwoordelijkheden van de minister op grond van het voorliggende wetsontwerp en de Kaderwet zbo. Wij duiden dit als "twee koetsiers op één bok", waarbij botsingen op voorhand niet uitgesloten zijn. Dit moet nadrukkelijk bij de behandeling van het voorstel gewogen worden. Mocht dit onverhoopt niet tot een andere keuze leiden, dan is het van belang om het onderscheid tussen het 'wat' en het 'hoe' scherp te houden, en is op zijn minst een formele geschillenregeling tussen het ministerie en ProRail geboden.

De Raad van Commissarissen heeft zich in alle discussies over de juridische status onthouden van een stellingname en zich gericht op de uitvoerbaarheid. Daarin ziet de Raad, vanwege de toepassing van de twee organisatierechtelijke kaders, nu een risico ontstaan.

¹ Kamerstukken 2000-2001, 27426, nr. 3