

Enkele opmerkingen over privatisering van overheidsondernemingen

Al ver voor de invoering van Boek 2 BW in 1976 maakte de overheid gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen voor de uitvoering van haar taken. Deze ‘privatisering’ heeft evenwel in de laatste twee decennia van de vorige eeuw een grote vlucht genomen. Tot voor kort leek deze ontwikkeling zich steeds verder door te zetten, maar onder de invloed van allerlei ongerechtigheden lijkt inmiddels een kentering te zijn opgetreden. Zelfstandig opererende overheidsdiensten liggen onder vuur, hetgeen vooral veroorzaakt wordt door de dingen die ‘fout’ gaan. Publieke verontwaardiging resulteert in actieve politici en uiteindelijk in de vraag naar politieke verantwoordelijkheid. De minister van Financiën heeft daarover blijkens een artikel in *NRC-Handelsblad* van 12 juli jongstleden de kat de bel aangeboden. Maar dat is het niet alleen. De remuneratie van de ‘managers’ van *quango’s* (quasi-autonome non-gouvernementele organisaties; je moet het maar verzinnen) heeft inmiddels tot heftige discussies aanleiding gegeven. In het door gebrek aan toezicht ontstane vacuüm heeft de ‘graaicultuur’ op een onacceptabel niveau toegeslagen. Individuen uit de ooit ietwat gekscherend en denigrerend aangeduide categorieën ‘opgeklommen bakkers’ en ‘schroothandelaren’ hebben in de not-for-profitsector hun weg gevonden.

Privaatrechtelijk perspectief

Het voorgaande neemt niet weg dat in de afweziging van de pro’s en contra’s van wat ik gemakshalve

voorlopig maar vat onder de algemene noemer ‘privatisering’ bezien vanuit het privaatrecht betrekkelijk neutraal kan zijn. Privaatrechtelijk, zo zou ik menen, bestaat er geen enkel bezwaar tegen het gebruik van de NV- of stichtingsvorm voor het onderbrengen van overheidsactiviteiten. Ik maak daar echter de belangrijke kanttekening bij dat de voor deze privaatrechtelijke rechtspersonen geldende dwingendrechtelijke voorschriften dienen te worden geëerbiedigd. Zo schreef ik in mijn commentaar op artikel 1 van Boek 2 BW.¹ Op deze plaats zou ik daar aan willen toevoegen dat het niet alleen gaat om dwingendrechtelijke beperkingen die aan de diverse privaatrechtelijke rechtspersonen zijn geklonken, maar – juist voor de uitvoering van oorspronkelijk door eenieder op het terrein van de overheid gedachte taken – tevens om een handelen naar de *strekking* van de voor de diverse in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen geldende voorschriften.² Om een voorbeeld te geven: van een overheid als aandeelhouder in een kapitaalvennootschap mag worden verwacht dat zij in het belang én van de kapitaalvennootschap én van het publieke belang, adequaat van haar aandeelhoudersbevoegdheden gebruikmaakt. Voor de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen zijn soortgelijke voorbeelden te geven. Men denke aan de veelvoorkomende statutair voorbehouden bevoegdheid tot benoeming (en ontslag!) van stichtingsbestuurders. Of aan het recht tot voorafgaande goedkeuring van belangrijke besluiten. Om nog maar te zwijgen van de vaak belangrijke financiële koorden die tussen de over-

1 *Rechtspersonen* (losbl.), Kluwer, Deventer, artikel 1, aant. 9.

2 Dit lijkt wellicht enigszins vreemd tegen de achtergrond van mijn relativering van Meijers leer van de materiële kenmerken, waarover *Rechtspersonen* (losbl.), artikel 3, aant. 6 en daar vermelde literatuur, maar voor de overheid geldt mijns inziens vooralsnog het adagium ‘noblesse oblige’.

heidsinstantie en de geprivatiseerde onderneming bestaan en waardoor de overheid al dan niet indirect belangrijke invloed op het reilen en zeilen van de organisatie kan uitoefenen.

Een bekend voorbeeld waarin de overheid van de NV-vorm gebruik heeft gemaakt is de Nederlandse Bank NV. Het is tegelijkertijd ook een complex voorbeeld, want verdedigbaar lijkt dat de Nederlandse Bank NV eigenlijk een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Zelf ben ik van mening dat de bank een rechtspersoon in de zin van artikel 2:3 BW is.³

Zelfstandige bestuursorganen

De term 'zelfstandig bestuursorgaan', hiervoor ook wel moderner aangeduid als 'quango', hebben we te danken aan Scheltema in diens Groningse inaugurele rede 'zelfstandige bestuursorganen'.⁴ Scheltema had in diens oratie bij dat begrip eigenlijk alleen het oog op publiekrechtelijke organisaties. Maar, zoals hiervoor aangegeven, het is volstrekt anders gelopen, wat erin heeft uitgemondd dat ook allerlei privaatrechtelijke rechtspersonen onder het begrip 'zbo' kunnen worden gebracht.⁵ Een bekende omschrijving van de zbo's vindt men in een verslag van de Algemene Rekenkamer uit 1994:⁶ publiekrechtelijke organen waaraan de uitoefening van een publiekrechtelijke taak is opgedragen zonder dat sprake is van (volledige) hiërarchische ondergeschiktheid aan de minister, alsmede privaatrechtelijk vormgegeven organen die met openbaar gezag zijn bekleed. Voorbeelden van dergelijke gezagstaken zijn vergunningverlening, keuring en certificering, registratie, het houden van toezicht, het toekennen van uitkeringen en subsidies en het innen van heffingen.

Privatisering

De verwarring rond het begrip 'privatisering' is groot. De kern is wel duidelijk: bedrijven of ondernemingen die thans nog in handen van de centrale of de lagere overheid zijn worden bij privatisering op afstand van die overheid gezet. In de meest ultieme vorm komt de eigendom van die bedrijven terecht bij de private sector. Daarbij kan men een onderscheid maken tussen de juridische en economische eigendom, maar veel belangrijker is het begrip

'eigendom' van die ondernemingen of bedrijven zelf. Het begrip 'onderneming' of 'bedrijf' is als zodanig betrekkelijk vaag, maar in het navolgende denk ik aan een organisatie als een geheel van activa en passiva en personeel op going-concernbasis, vergelijk het begrip 'onderneming' in de Wet op de ondernemingsraden (WOR).⁷

De 'eigenaar' van die onderneming kan rechtstreeks gerechtigd zijn tot de assets and liabilities, maar de onderneming of het bedrijf kan ook zijn ondergebracht in één van de in Boek 2 BW geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen, waarbij ik me in het hiernavolgende beperk tot de kapitaalvennootschappen, dus de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. In dat laatste geval is de kapitaalvennootschap als juridische persoon gerechtigd tot de assets en liabilities. De kapitaalvennootschap staat evenwel niet op zichzelf; haar vermogen is gevormd door de aandeelhouders die uiteindelijk gerechtigd zijn tot het liquidatiesaldo na ontbinding, hetgeen tot uiting komt in de waarde van de aandelen, die aanmerkelijk kan verschillen van de nominale waarde.

Van volledige privatisering is tegen de achtergrond van het voorgaande eigenlijk pas sprake als ofwel de assets en liabilities rechtstreeks in handen zijn van private partijen of wanneer de (meerderheid van de) aandelen van de kapitaalvennootschap die het bedrijf of de onderneming instandhoudt in handen zijn van private partijen. Het enkele onderbrengen van een overheidsonderneming in een kapitaalvennootschap waarbij de aandelen volledig of gedeeltelijk in handen blijven van diezelfde overheid is in deze optiek geen privatisering, maar op zijn best een verzelfstandiging, in mijn ogen een vorm van reorganisatie. Indien de overheid een minderheidsbelang in de 'geprivatiseerde' onderneming krijgt of behoudt zal het antwoord op de vraag of daadwerkelijk van privatisering kan worden gesproken sterk afhangen van de zeggenschapsverhoudingen in de kapitaalvennootschap. Daarbij moet men vooral denken aan de zeggenschapsverhoudingen en de bevoegdheidsverdelingen binnen de vennootschappelijke organisatie de door middel van zogeheten oligarchische clausules sterk kan afwijken van het basisbeginsel dat elke aan-

3 Men vergelijkte verder *Rechtspersonen* (losbl.), artikel 1, aant. 9 en de daar vermelde literatuur.

4 M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen, inaugurele rede Groningen 1974*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1974.

5 Zie voor een kort overzicht en relevante literatuur verder *Rechtspersonen* (losbl.), artikel 1, aant. 4.

6 Kamerstukken 24 130, nr. 3.

7 Artikel 1 WOR omschrijft de onderneming als elke in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.

deelhouders een stem heeft en de (uiteindelijke) macht binnen de vennootschap bij de algemene vergadering van aandeelhouders berust. Een hoogst actueel voorbeeld is in dit geval de verzelfstandiging van overheidsbedrijven waarbij de overheid belangrijke zeggenschap behield door middel van zogenoemde 'golden shares'.

Eigenaar/aandeelhouder

Ontegenzeggelijk is de *grip* van de eigenaar/ondernemer (gerechtigde tot de assets and liabilities) op het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming directer en daardoor vaak groter dan de zeggenschap van de eigenaar/aandeelhouder. Dat heeft te maken met de aard van de vennootschappelijke organisatie zoals die ten onzent verstaan wordt. Een belangrijk element van dat vennootschappelijke concept vormt het arrest Forumbank⁸ waarin de Hoge Raad heeft beslist dat ook de algemene vergadering van aandeelhouders zich moet houden aan de wettelijke en statutaire bevoegdheidsgrenzen en daarmee behoudens andersluidende statutaire voorzieningen geen bindende instructies kan uitvaardigen aan het bestuur (het management) van de vennootschap. Daarnaast is van groot belang het in artikel 2:140 (250) BW gecodificeerde arrest Doetinchemse IJzergieterij⁹ op grond waarvan het bestuur en de raad van commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Aandeelhouder-schap enerzijds en zeggenschap anderzijds lopen dus niet één op één, hetgeen wel bijzonder manifest wordt bij de structuurregeling. Immers, bij structuurvennootschappen ligt het zwaartepunt van de besluitvorming bij de raad van commissarissen op wiens samenstelling de aandeelhouders, ook volgens wetsvoorstel 28 179, slechts een beperkte invloed hebben.¹⁰ Wel ware te wijzen op artikel 155a van Boek 2 BW volgens voornoemd wetsvoorstel ingevolge welke bepaling voor structuurvennootschappen het zogenoemde gemitigeerde regime zal gelden, onder andere wanneer het gehele kapitaal van de vennootschap verschaft wordt door een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Waarmee we op het terrein van de corporate governance zijn aangekomen en daarmee bij de

belangrijke vraag wat, gezien vanuit het vennootschapsrecht, raadzaam is bij het opzetten van een vennootschappelijke structuur voor overheidsbedrijven in het kader van privatisering. Ik denk dat geen algemeen antwoord op deze vraag te geven valt. Daarvoor spelen de specifieke omstandigheden van elke verzelfstandiging of privatisering en de daarmee beoogde doelstellingen een te belangrijke rol. Wel laten zich enkele algemene noties verwoorden, waar-toe ik in het onderstaande een aanzet zal proberen te geven.

Corporate governance

Op het terrein van de corporate governance is de laatste jaren het nodige gebeurd, met als – voorlopige – apotheose de Corporate Governance Code van de commissie-Tabaksblat. Ofschoon deze code een breder bereik pretendeert, moet geconcludeerd worden dat de code zich op dit moment voornamelijk doet gevoelen bij beursgenoteerde vennootschappen. Maar codes zijn 'hot': pensioenfondsen, ziekenhuismanagement, ja zelfs de rechterlijke macht 'hebben er iets mee'. Dat gaat allemaal wel weer over, maar, naar mijn inschatting, voorlopig (nog) niet.

Hoe dan ook, de Corporate Governance Code, die naar het zich laat aanzien een wettelijke verankering krijgt, bevat tal van practices en aanbevelingen waar in gemoede geen bezwaar tegen kan bestaan.

Maar bij één van de uitgangspunten heb ik zo mijn aarzelingen. Geheel in de geest van de tijd is een vooronderstelling van de code dat de aandeelhoudersinvloed moet worden vergroot. Juist bij beursfondsen kan men bij die gedachte vraagtekens stellen. Boek 2 BW is geschreven als vennootschapsrechtelijk organisatierecht met daarin een belangrijke plaats voor de regeling van de bevoegdheden van de verschillende vennootschappelijke organen. Aandeelhouders en aandeelhoudersvergadering staan daarin centraal. Zie ik het goed dan zou het corporate governance-debat zich ook op dit niveau moeten afspelen.

Bij beursvennootschappen gaat het ten principale niet om aandeelhouders maar om beleggers. De beurs- en effectenwetgeving heeft daardoor in hoofdlijnen ook een geheel ander karakter. Niet alleen is zij grotendeels op publiekrechtelijke leest

8 HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43.

9 HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

10 Wetsvoorstel 28 179 heeft betrekking op aanpassing van de structuurregeling. Een van de kernpunten is dat het benoemingsrecht van de commissarissen weer komt te berusten bij de algemene vergadering van aandeelhouders. Dat gebeurt in het wetsvoorstel echter op zodanige wijze dat er in veel gevallen weinig verandert aan de bestaande praktijk. Het wetsvoorstel heeft de roep om algehele afschaffing van het wettelijke structuurregime dan ook niet kunnen doen verstommen.

geschoeid, maar haar object is onvergelykbaar met de privaatrechtelijke scope van Boek 2 BW. Geen verdeling van bevoegdheden in de vennootschappelijke organisatie, maar het onderhouden van goed functionerende effectenmarkten. Kernwoorden zijn in dat verband gelijke en evenwichtige behandeling van beleggers, openheid en transparantie.

Aandeelhouder en belegger

Eén van de moeilijkheden – misschien wel de grootste – is dat het onderscheid tussen aandeelhouder en belegger niet steeds te maken valt. Bovendien verschiet men van kleur: beleggers stellen zich om al dan niet opportunistische reden ineens weer op als zeggenschap verlangende aandeelhouders. Naar mijn inschatting kan bij de vraag naar de optimale structuur van in de vorm van kapitaalvennootschappen geprivatiseerde overheidsondernemingen niet genoeg gehamerd worden op de hoedanigheid van de aandeelhouders. Zijn zij te beschouwen als simpele beleggers, of gaat het om aandeelhouders die als zodanig van hun bevoegdheden in de vennootschappelijk organisatie gebruik willen en kunnen maken? Denkbaar zijn in dit kader de varianten waarin de aandeelhouders wel zouden willen optreden als betrokken aandeelhouder maar dat om allerlei redenen niet kunnen en die waarin de aandeelhouders het wel kunnen, maar niet willen. Aandeelhouder-schap veronderstelt het gebruik willen maken van de daaraan verbonden bevoegdheden. In eigen belang. Maar naarmate de ‘invloed’ op de vennootschap groter is ook in het belang van de vennootschap. Daarop worden aandeelhouders ook steeds meer afgerekend.

Ik zou menen dat dit laatste a fortiori geldt voor een overheid als aandeelhouder. Waar deze substantiële invloed kan uitoefenen is dat geboden: zowel in het belang van de publieke domein als in het belang van de vennootschap. Overheden moeten daar mijns inziens op kunnen worden afgerekend. Wil de overheid die verantwoording, geklonken aan kapitaaldeelname niet, dan wordt zij simpele ‘belegger’. Dát is dunkt mij niet de bedoeling als het gaat om besteding van overheidsgelden.

Twee voorbeelden

Ik zal het voorgaande proberen te illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

Algemeen bekend is het gegeven dat de overheidsonderneming is ondergebracht in een kapitaalvennootschap waarvan de aandelen worden gehou-

den door een groot aantal publiekrechtelijke lichamen zoals gemeentes en provincies. In een dergelijke constellatie blijkt de algemene vergadering van aandeelhouders nauwelijks een volwaardige counterpart van het management te zijn. De kennis van zaken van de kleine aandeelhouders (gedeputeerden, wethouders, ambtenaren) schiet vaak tekort om het beleid en de gang van zaken te volgen en waar nodig kritisch aan de kaak te stellen. Denken in (publieke) belangen leidt evenmin tot een consistente en werkbare koers. Als bestuur en controle in zo’n situatie daardoor niet voldoende gescheiden zijn functioneert het bestuur van de onderneming in een machtsvacuüm, hetgeen licht tot misstanden en excessen kan leiden. In de praktijk blijkt een raad van commissarissen dit spanningsveld niet te beheersen. Deze gevaren worden nog vergroot bij verdere groei, vaak ten gevolge van fusieprocessen, van de onderneming. Bovendien bestaat er dikwijls de nodige onduidelijkheid over de objectives van de onderneming enerzijds en de belangenafweging van de aandeelhouders bij het gebruik maken van hun stemrecht anderzijds.

Een tweede voorbeeld ziet men bij ‘overheidsbedrijven’ in de vorm van een kapitaalvennootschap waarbij de overheid vooralsnog als enig aandeelhouder optreedt. Ik zou menen dat de overheid in een dergelijke situatie de volle aandeelhoudersverantwoordelijkheid dient te aanvaarden. Dat betekent dat men zich bij onwelgevallig vennootschapsbeleid niet moet kunnen verschuilen achter het management of het toezicht maar waar vereist moet ingrijpen. Bijvoorbeeld door andere bestuurders te benoemen. Verschuiling achter een statutaire inrichting van de vennootschap komt in dergelijke gevallen wel erg ‘dun’ over. Steun voor die opvatting kan gevonden worden in recente jurisprudentie over aansprakelijkheid in concernverhoudingen.¹¹ En als toevallig het structuurregime van toepassing zou zijn, sture men aan op (gedeeltelijke) ontheffing. Immers het structuurregime vindt haar primaire rechtvaardiging in een stuurloze aandeelhoudersvergadering gevormd door beleggers.

Slot

Ik kom tot een afronding. Privatisering is maatwerk, algemene uitspraken over de wijze waarop dit soort operaties in het gareen moeten worden gehangen vallen nauwelijks te doen. Vanuit de privaatrechtelijke optiek bestaat als zodanig geen bezwaar tegen

11 Die er kort door de bocht op neer komt dat de concernleiding (holding company) op straffe van aansprakelijkheid moet ingrijpen: bijvoorbeeld door vervanging van de bestuurders en commissarissen, vgl. HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38.

het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen voor overheidsondernemingen. Een belangrijke vraag is hoeveel invloed de overheid na de verzelfstandiging van de dienst in de nieuwe rechtsvorm dient te hebben. Deze invloed kan op verschillende manieren gestalte krijgen. Uitgangspunt daarbij dient mijns inziens te zijn dat als gekozen wordt voor een zekere mate van zeggenschap in de verzelfstandigde onderneming, de overheid die zeggenschap in het belang

van de onderneming en tegen het licht van het algemeen belang moet gebruiken. Zeggenschap impliceert dat daar op een verantwoorde wijze gebruik van wordt gemaakt. De overheid dient daar mijns inziens ook (politiek) op te kunnen worden afgerekend. Wil de overheid die zeggenschap niet, dan dient zij in beginsel door haar gehouden aandelen in de onderneming af te stoten. Aan een overheid als belegger in ondernemingen bestaat geen behoefte.