

No.W17.19.0182/IV

's-Gravenhage, 19 december 2019

Bij Kabinetsmissive van 10 juli 2019, no.2019001338, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, mede namens de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Spoorwegwet en enige andere wetten in verband met de omvorming van ProRail van een besloten vennootschap tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de besloten vennootschap ProRail B.V. om te vormen tot zelfstandig bestuursorgaan (zbo) met rechtspersoonlijkheid. Het wetsvoorstel regelt de instelling, taken, organisatie en sturing en verantwoording¹ van de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur, ProRail. De taken die nu op grond van een beheerconcessie aan ProRail B.V. zijn gegund, worden bij of krachtens de Spoorwegwet aan ProRail opgedragen. Daarnaast krijgt ProRail twee publiekrechtelijke bevoegdheden, namelijk een ontheffingsbevoegdheid van het verbod activiteiten te verrichten aan de hoofdspoorweginfrastructuur en een bevoegdheid tot het vaststellen van de tarieven van werken voor derden.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de motivering van de voorgenomen publiekrechtelijke omvorming van ProRail. In de toelichting bij het voorstel worden onvoldoende gronden aangevoerd om een dergelijke ingreep in de ordening op het spoor te kunnen rechtvaardigen, terwijl het voorstel voor de praktijk gedurende langere tijd zal leiden tot extra inspanningen, risico's en kosten. In verband daarmee dient het voorstel te worden heroverwogen.

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Het voorstel voor de Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail strekt ertoe de besloten vennootschap ProRail B.V. om te vormen tot een zbo met rechtspersoonlijkheid.

Daarmee wordt blijkens de toelichting beoogd de organisatie van ProRail vorm te geven op een wijze die past bij de publieke taken die ProRail uitvoert, de aansturing te vereenvoudigen en de publieke verantwoording over de publieke taken te versterken.² Bij de uitvoering van publieke taken die in belangrijke mate worden gefinancierd met publieke middelen, behoort volgens de regering een publiekrechtelijke rechtsvorm en een daarop toegespitst sturings- en verantwoordingsinstrumentarium.³ Volgens de toelichting verhoudt het streven van het kabinet ProRail meer te positioneren als publieke uitvoeringsorganisatie zich niet goed met de huidige rechtsvorm en positie van ProRail. Gesteld wordt dat sprake is van een complex model van aansturing en verantwoording, dat in de Tweede Kamer geregeld aanleiding geeft tot discussie.⁴

¹ Voor zover wordt afgeweken van de Kaderwet zbo's.

² Memorie van toelichting, paragraaf 1 (Inleiding).

³ Memorie van toelichting, paragraaf 2 (Principiële beslissing tot omvorming tot een zelfstandig bestuursorgaan).

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (Heldere positionering).

De publiekrechtelijke omvorming staat los van het huidige functioneren van ProRail: de prestaties van ProRail zijn momenteel goed en de relatie met de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat en stakeholders zijn verbeterd.⁵ Veeleer vormt het behouden van de huidige goede prestaties op het spoor en behoud van de kwaliteit van de dienstverlening een randvoorwaarde waarbinnen de wijziging in organisatievorm moet plaatsvinden.

Het wetsvoorstel regelt onder meer:

- de instelling van een beheerder, genaamd ProRail, met rechtspersoonlijkheid en de toekenning van de taken die ProRail B.V. nu krachtens de Beheerconcessie 2015-2025⁶ uitvoert;⁷
- de organisatorische inrichting van ProRail, zoals de instelling van een raad van toezicht;⁸
- de overgang onder algemene titel van de vermogensbestanddelen van ProRail B.V. en haar houdstermaatschappij Railinfratrust B.V. (met de Staat der Nederlanden als enig aandeelhouder) naar ProRail;
- de toekenning van twee publiekrechtelijke bevoegdheden,⁹ waardoor ProRail na omvorming kwalificeert als zelfstandig bestuursorgaan in de zin van de Kaderwet zbo's:
 - a. de bevoegdheid om ontheffing te verlenen van het verbod om activiteiten te verrichten aan de hoofdspoorweginfrastructuur, een bevoegdheid die thans is toegekend aan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat en is gemandateerd aan de raad van bestuur van ProRail B.V.;¹⁰
 - b. de bevoegdheid tot het jaarlijks vaststellen van uurtarieven voor het uitvoeren door ProRail van werken voor derden.

Het wetsvoorstel bevat op een aantal belangrijke onderdelen geen uitputtende regeling en voorziet in grondslagen voor nadere regeling bij ministeriële regeling. Het gaat hierbij om de taken van ProRail, de verhouding binnen ProRail tussen de raad van bestuur en de nieuwe raad van toezicht, en om de verhouding tussen ProRail en de Minister.

Leeswijzer

De Afdeling ziet aanleiding om eerst in te gaan op het belang van publieke verantwoording (paragraaf 2). Vervolgens bespreekt zij de voorgeschiedenis van de ordening op het spoor en de beleidsdoelen voor het spoor te bespreken (paragraaf 3). Daarna gaat zij in op het functioneren en de positie van ProRail (paragraaf 4). Ten slotte beoordeelt zij de voorgenomen publiekrechtelijke omvorming tegen deze achtergronden (paragraaf 5).

⁵ Ibid.

⁶ In te zien via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/12/15/bijlage-2-beheerconcessie-2015-2025>

⁷ Voorgesteld artikel 7 Spoorwegwet, dat bepaalt dat er een beheerder is, genaamd ProRail (lid 1) en dat de beheerder rechtspersoonlijkheid bezit (lid 2). De voorgestelde artikelen 8 tot en met 10 Spoorwegwet hebben betrekking op de wettelijke taken die aan ProRail worden toegekend.

⁸ De voorgestelde artikelen 15a en 15b Spoorwegwet.

⁹ Deze bevoegdheden worden, in afwijking van aanwijzing 5.11, onderdeel 2, van de Aanwijzingen voor de regelgeving, toegekend aan de beheerder en daarmee aan de rechtspersoon en niet aan een orgaan van de rechtspersoon, zoals de raad van bestuur.

¹⁰ Voorgesteld artikel 22 Spoorwegwet. Ook wordt in de toelichting het voornemen geuit een aantal bevoegdheden die thans ingevolge de Regeling spoorverkeer aan individuele treindienstleiders van ProRail zijn toegekend, aan ProRail zelf toe te kennen.

2. Publieke verantwoording

In de memorie van toelichting wordt het grote belang van publieke verantwoording over de uitvoering van publieke taken benadrukt. De voorgenomen publiekrechtelijke omvorming is er mede op gericht om de minister zijn verantwoordelijkheid optimaal te laten waarmaken, aldus de toelichting.¹¹ Tegen deze achtergrond onderschrijft de Afdeling het streven om de aansturing van uitvoeringsorganisaties te vereenvoudigen en de publieke verantwoording over de uitvoering en de besteding van publieke middelen te versterken. Bij de toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden aan verzelfstandige uitvoeringsorganisaties is de publiekrechtelijke organisatievorm het wettelijke uitgangspunt.¹²

Dit algemene uitgangspunt laat echter onverlet dat elk specifiek geval een afzonderlijke afweging vergt. In het geval van ProRail speelt daarbij de voorgeschiedenis een belangrijke rol. Zou men opnieuw vanaf de tekentafel beginnen dan zou het goed denkbaar zijn dat – zoals het voornemen was ten tijde van de splitsing van de NS – ProRail als spoorweginfrastructuurbeheerder zou worden ingericht als een publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid.¹³ Daarvoor is destijds evenwel niet gekozen. Omvorming tot een zelfstandig bestuursorgaan in de huidige situatie is een ingrijpende maatregel, gelet op de bijzondere kenmerken van ProRail en de specifieke omstandigheden waarin ProRail zich inmiddels bevindt.

Zoals hierna nader zal worden uiteengezet acht de Afdeling de argumentatie die in de toelichting wordt gegeven voor een zodanig ingrijpende maatregel, voornamelijk niet overtuigend. Dat er een al langer lopend debat plaatsvindt over de positionering, aansturing en verantwoording van ProRail, zoals de toelichting aangeeft, is daarvoor niet voldoende. Veel preciezer zou moeten worden geanalyseerd waarin de bestaande sturings- en verantwoordingsmogelijkheden tekort schieten. In verband daarmee zou ook veel concreter moeten worden aangegeven welke voordelen in de specifieke context van ProRail met de voorgestelde omvorming kunnen worden behaald in vergelijking met de huidige situatie. Vervolgens zouden deze voordelen moeten worden afgewogen tegen de kosten, inspanningen en risico's die de voorgestelde ingreep mee zal brengen. De Afdeling merkt op dat de toelichting met het oog op deze te onderscheiden stappen in de noodzakelijke afweging tekortschiet.

Ter nadere uitwerking hiervan merkt de Afdeling het volgende op.

3. Ordening op het spoor

a. *Voorgeschiedenis*

Het spoor is een complexe sector waarin de kwaliteit van het vervoersproduct niet alleen wordt bepaald door de individuele prestaties van verschillende betrokken partijen, maar ook sterk afhankelijk is van de goede onderlinge samenwerking tussen

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3 (Versterking van publieke verantwoording door en over ProRail).

¹² Vergelijk artikel 4 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

¹³ Vergelijk het advies van de Afdeling van 21 november 2001 over de vierde nota van wijziging op het voorstel van wet houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet) (Kamerstukken II 2001/02, 27482, nr. B; W09.01.0487/V).

deze partijen. De kwaliteit van het spoorvervoer heeft nu als goed te gelden. Dit is gezien de voorgeschiedenis niet een vanzelfsprekend gegeven.

Sinds de opsplitsing van de N.V. Nederlandse Spoorwegen (NS) in 1995¹⁴ zijn problemen in de spoorsector meermaals aanleiding hebben gegeven om met ingrepen verbeteringen in de kwaliteit van het beheer en de exploitatie van het spoor te bewerkstelligen.

Ten tijde van de splitsing bestaat het voornemen om de van de NS af te splitsen beheerorganisaties samen te voegen tot een (publiekrechtelijk) zelfstandig bestuursorgaan. In 2001 wordt het voornemen vanwege acute problemen op het spoor verlaten. In de zogenoemde “Herbezinningsbrief”¹⁵ van de Minister van Verkeer en Waterstaat wordt de publiekrechtelijke rechtsvorm bij nader inzien problematisch geacht. Het belangrijkste bezwaar is dat door een meer directe verantwoordelijkheid van de overheid voor de dagelijkse bedrijfsvoering de goede samenwerking en duidelijke en evenwichtige verdeling van rollen en verantwoordelijkheden tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerders zou worden verstoord. Bij het doorvoeren van deze nieuwe structuur in de nieuwe Spoorwegwet¹⁶ wordt daarom een verschil in rechtsvorm tussen de infrastructuurbeheerder enerzijds en vervoerders anderzijds, uitdrukkelijk afgewezen. Over de keuze voor de huidige, privaatrechtelijke rechtsvorm wordt opgemerkt dat “de nu voorgestelde structuur [...] goede sturingsmogelijkheden [biedt] om het algemeen belang te borgen.” Per 1 januari 2005 zijn de beheerorganisaties samengevoegd tot de privaatrechtelijke rechtspersoon ProRail B.V., waaraan concessie wordt verleend voor het beheer en onderhoud van de hoofdspoorweginfrastructuur.

Naar aanleiding van de evaluatie van de Spoorwegwet in 2009¹⁷ wordt een kabinetsstandpunt uitgebracht met de titel “Spoor in beweging”.¹⁸ Een wijziging van de juridische status van ProRail, door omvorming tot agentschap of (publiekrechtelijk) zelfstandig bestuursorgaan wordt daarin “onwenselijk en niet noodzakelijk” geacht. Het kabinet heeft daarbij drie overwegingen:

“Ten eerste is het van belang dat de dagelijks intensieve samenwerkingsrelatie met vervoerders niet doorbroken wordt door zo’n forse organisatorische maatregel. (...)

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. (...)

De derde overweging van het kabinet is dat uit de evaluatie blijkt dat de samenwerking tussen ProRail en de vervoerders de afgelopen jaren is

¹⁴ Daarbij werd een scheiding aangebracht tussen het beheer van de spoorweginfrastructuur en de exploitatie van de vervoersdiensten, en werden de werkmaatschappijen van de NS verzelfstandigd. Dit naar aanleiding van de minimaal boekhoudkundige scheiding die werd voorgeschreven in richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, PbEG 1991, L 237.

¹⁵ Kamerstukken II 2004/05, 27465, nrs. 53a en 3.

¹⁶ Vierde nota van wijziging, Kamerstukken II 2001/02, 27482, nr. 13.

¹⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31986, nr. 1.

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 31987, nr. 1.

verbeterd en dat daarmee de doelstelling voor de samenwerking van de herbezinning is gerealiseerd.”¹⁹

Op 12 februari 2012 brengt de parlementaire onderzoekscommissie “Onderhoud en innovatie spoor” (Commissie Kuiken) haar eindrapport uit.²⁰ Ten aanzien van de infrastructuur beveelt de Commissie Kuiken de Minister aan om de mogelijkheden die de huidige instrumenten bieden, beter te benutten en om te onderzoeken of de problemen met aansturing en regie binnen de huidige ordening van de spoor kunnen worden opgelost. De belangrijkste aanbeveling is om te komen tot een langetermijnvisie en -strategie voor de aansturing van de spoorsector. Dat heeft geleid tot de hierna te bespreken Lange Termijn Spooragenda.

b. *Beleidsdoelen voor het spoor*

De aanbevelingen van de Commissie Kuiken om de sturingsmogelijkheden via de beheerconcessie en beheerplannen, effectiever te benutten, zijn opgevolgd in de Lange Termijn Spooragenda (deel 1 en deel 2; hierna: LTSA). Het daarin neergelegde beleid is erop gericht de kwaliteit van het spoor als vervoerproduct te verbeteren, zodat de trein in toenemende mate een aantrekkelijke vervoersoptie is voor de reiziger en de verlader.

De LTSA bevat daartoe een aantal maatregelen.²¹ Het betreft onder meer: een aanscherping van wet- en regelgeving; een sterkere sturing via de beheerconcessies met prestatie-indicatoren, jaarlijkse beheerplannen en eventuele verbeterprogramma's; intensievere sturing via het aandeelhouderschap conform de nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid²² en het beleggen van die verantwoordelijkheid bij het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat; en tot slot sturing op meer en betere samenwerking tussen betrokken partijen.

In de LTSA (deel 2) wordt, mede naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Kuiken, overwogen dat, gelet op het grote belang van een betere samenwerking, bewust gekozen wordt voor scherpere sturing en niet voor ingrepen in de ordening:

“Zowel het samenvoegen van ProRail en NS (in één organisatie of onder een nieuwe holding) als 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. 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.”²³

¹⁹ Kamerstukken II 2009/10, 31987, nr. 1, p. 25.

²⁰ Kamerstukken II, 2011/12, 32707, nr. 9.

²¹ *Netwerk Nederland, OV op het goede spoor*, Kamerstukken II 2013/14, 29984, nr. 474.

²² Nota Deelnemingen Rijksoverheid, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 28165, nr. 165.

²³ *Ibid.*, samenvatting.

Ten slotte is in 2019 de gemeenschappelijke toekomstvisie voor het openbaar vervoer vastgesteld met de titel “Contouren Toekomstbeeld OV 2040”²⁴ van het Rijk, decentrale overheden, ProRail en vervoerders, waarin zij gezamenlijke doelen formuleren en daaraan gezamenlijke acties verbinden. Deze toekomstvisie bevat richtinggevende principes voor de toekomst van het openbaar vervoer en onderstreept het belang van een nauwe samenwerking tussen de betrokken partijen, maar bevat geen uitspraken over de voorgenomen publiekrechtelijke omvorming van ProRail.

4. ProRail

a. *Prestaties van ProRail*

Uit het jaarverslag over 2018 van ProRail blijkt dat de prestaties op alle prestatie-indicatoren wat betreft punctualiteit en betrouwbaarheid uitkomen boven de bodemwaardes.²⁵ Bij de aanbieding van de recente halfjaarrapportage van ProRail (en NS) over de eerste helft van 2019²⁶ constateert de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat dat ProRail en NS goed hebben gepresteerd en moedigt hen aan om dit voort te zetten. Verder is uit recent vergelijkend internationaal onderzoek van de gegevens over het jaar 2017 gebleken dat het druk bereden Nederlandse spoor behoort tot het veiligste in Europa.²⁷

In de toelichting bij het wetsvoorstel worden de goede prestaties van ProRail ten aanzien van haar wettelijke taken onderkend. Hierbij wordt aangegeven dat ProRail de afgelopen jaren een groot aantal veranderingen heeft ingezet, die onder meer hebben geleid tot een betere relatie met het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en met andere stakeholders. De keuze voor omvorming van ProRail tot zelfstandig bestuursorgaan is echter van principiële aard en staat los van het huidige functioneren van ProRail, aldus de toelichting.²⁸

b. *Huidige vormgeving en positionering van ProRail B.V.*

ProRail B.V. is thans een zogenoemde rechtspersoon met een wettelijke taak (rwt) in de zin van de Comptabiliteitswet 2016. Aan ProRail B.V. is met de Beheerconcessie 2015-2025 het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur opgedragen. Dit beheer omvat (i) het onderhoud van de hoofdspoorweginfrastructuur, (ii) de voorbereiding en uitvoering van de uitbreiding van de hoofdspoorweginfrastructuur, (iii) de verdeling van de capaciteit van de hoofdspoorweginfrastructuur en (iv) het leiden van het verkeer hierover.²⁹ ProRail is thans geen (zelfstandig) bestuursorgaan, omdat zij niet met enig openbaar gezag is bekleed.³⁰ ProRail oefent deze wettelijk geregelde beheertaken uit

²⁴ “Contouren Toekomstbeeld 2040”, bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 6 februari 2019 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2018/19, 23645, nr. 685.

²⁵ Jaarverslag ProRail 2018, pp. 6, 20 en 24.

²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 29984, nr. 863, p. 1.

²⁷ Rapport van het platform van railinfrastructuurbeheerders en de Europese Commissie van 3 mei 2019, PRIME 2017 data Benchmarking Report, https://webgate.ec.europa.eu/multisite/primeinfrastructure/sites/primeinfrastructure/files/prime_benchmarking_report_public_version_2.pdf

²⁸ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1, p. 21.

²⁹ Artikel 2 Beheerconcessie 2015-2025.

³⁰ Artikel 1, onderdeel a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

met gebruikmaking van haar bevoegdheden als eigenaar³¹ van de hoofdspoorweginfrastructuur krachtens het privaatrecht.³²

De publieke belangen die gemoeid zijn met het spoor en het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur hebben ertoe geleid dat de taken, financiering, aansturing en verantwoording van ProRail, evenals de verhouding tot derde partijen zoals spoorwegondernemingen, door de overheid worden beheerst, zowel langs privaatrechtelijke als publiekrechtelijke weg. De sturing van de activiteiten van ProRail B.V vindt allereerst plaats via het (indirecte) aandeelhouderschap: de Staat der Nederlanden is (indirect) enig aandeelhouder van ProRail B.V.³³ Op ProRail B.V. is het verzwakte structuurregime van toepassing, zodat niet de raad van commissarissen maar de Minister als vertegenwoordiger van de enig aandeelhouder de leden van de raad van bestuur benoemt en ontslaat.

Het algemeen belang is voorts verankerd in de doelomschrijving van de vennootschap. De statuten bepalen dat de in de doelomschrijving opgesomde doelen van de vennootschap³⁴ de daarbij betrokken publieke belangen en verantwoordelijkheden dienen. Daarbij neemt de vennootschap in acht dat ProRail is belast met de uitvoering van publieke taken, dat het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur grotendeels wordt gefinancierd uit publieke middelen en deze middelen op een verantwoorde wijze moeten worden besteed.³⁵

Aansturing vindt ook plaats via het publiekrechtelijke instrument van de beheerconcessie. Dat is geregeld in de Spoorwegwet en via de andere relevante onderdelen van de spoorwegregelgeving. De Beheerconcessie 2015-2025 bevat sturings- en handavingsinstrumenten, zoals de prestatie- en informatie-indicatoren, die ervoor zorgen dat de prestaties van ProRail zijn gericht op het realiseren van de doelen van de LTSA-2 en die beogen het zogeheten “gelijk richten” van ProRail en de vervoerder op het hoofdrailnet, de NS, op dezelfde doelen.

Ten slotte vindt aansturing plaats via de financieringsrelatie in de vorm van subsidiëring van ProRail uit het Besluit infrastructuurfonds, waarop de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is.³⁶

5. Beoordeling

a. *Beleidsmatige noodzaak*

³¹ Het juridisch eigendomsrecht van de hoofdspoorweginfrastructuur berust bij Railinfratrust B.V. maar ProRail beschikt over de hoofdspoorweginfrastructuur als economisch eigenaar.

³² Kamerstukken II 2000/01, 27842, nr. 13 en Kamerstukken II 2001/02, 27842, nr. 15. Vergelijk Rb. Rotterdam 4 januari 2008, nr. BC 07/3246, ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723 en N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak tussen overheid en samenleving*, diss. Amsterdam VU, Den Haag: BJu 2014, p. 100-103.

³³ Alle aandelen in het kapitaal van ProRail B.V. worden gehouden door Railinfratrust B.V., waarvan de Staat der Nederlanden enig aandeelhouder is. Doordat sprake is van een personele unie, waardoor de bestuurders en commissarissen van ProRail tevens bestuurder onderscheidenlijk commissarissen van Railinfratrust zijn, levert dit in de praktijk geen verschil op tussen de sturing van beide ondernemingen door de aandeelhouder.

³⁴ Onder meer het beheer van de infrastructuur, het adviseren van de Staat en het geven van uitvoering aan het beleid van de Staat.

³⁵ Vergelijk artikel 2 statuten ProRail B.V.

³⁶ Titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht.

De publiekrechtelijke omvorming is een belangrijke systeemwijziging van de spoorsector. De huidige ordening is het resultaat van een lange en geleidelijke ontwikkeling.³⁷ In de toelichting wordt onderkend dat de prestaties van ProRail momenteel goed zijn. Het wetsvoorstel lost in zoverre geen knelpunten op.

De voorgestelde ingreep zal evenwel kosten, inspanningen en risico's met zich brengen.³⁸ Deze risico's zijn financieel, juridisch of organisatorisch van aard, en kunnen negatieve gevolgen hebben voor het draagvlak voor het beleid voor de spoorsector, de onderlinge verhoudingen, de noodzakelijke nauwe samenwerking, en kunnen uiteindelijk afbreuk doen aan de prestaties van de spoorsector.

De inhoud van de reacties op het voorstel van de meeste betrokken partijen in de spoorsector, inclusief reizigersorganisaties, sluiten hier bij aan. Men ziet geen noodzaak tot de voorgestelde ingreep in de ordening op het spoor, maar ziet wel een risico op verstoring van de goede en nauwe samenwerking tussen betrokken partijen en het risico dat dit uiteindelijk ten koste kan gaan van de kwaliteit van het spoorvervoer. Met het voorstel wordt bovendien afgeweken van de overwegingen die bepalend waren voor de bestendige beleidslijn, thans vastgelegd in de Lange Termijn Spooragenda, om de huidige privaatrechtelijke rechtsvorm van ProRail te behouden.

De Afdeling mist in de toelichting bij het voorstel een systematische beschouwing van de eventuele tekortkomingen in de huidige ordening van de spoorsector en het eventueel tekortschieten van de ingezette maatregelen tot scherpere sturing, in relatie tot de beoogde effecten van het voorstel. Dit in het licht van de beleidsdoelstellingen voor de spoorsector en de huidige prestaties van de spoorsector in het algemeen en ProRail in het bijzonder.

b. *Positionering ProRail*

De hiervoor genoemde kaders voor sturing door de overheid van de activiteiten van ProRail, geven aan ProRail in zeker opzicht reeds een publiek karakter. Op voorhand is niet duidelijk waarom binnen deze bestaande kaders en de daarbinnen beschikbare beïnvloedingsmogelijkheden niet in beginsel dezelfde doelen en resultaten kunnen worden bereikt als na publiekrechtelijke omvorming in de voorgenomen vorm.³⁹

De bestaande kaders bieden de mogelijkheid tot maatwerk ten aanzien van sturing en verantwoording. Zo kunnen de statuten van de vennootschap worden aangepast,⁴⁰ kan

³⁷ Vergelijk "Kiezen voor een goed spoor, Scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024" van ABDTOPConsult (P.J.C.M. van den Berg, J. van der Vlist) d.d. 31 maart 2017, p. vii, Bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29984, nr. 713.

³⁸ Ibid. Vergelijk: McKinsey&Company, "Zbo-transitie ProRail, impact assessment en transitieplan, eindrapport van 19 december 2016", https://www.prorail.nl/sites/default/files/mckinsey_rapport.pdf

³⁹ Vergelijk P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen, Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 343-346, en "Kiezen voor een goed spoor, Scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024" van ABDTOPConsult (P.J.C.M. van den Berg, J. van der Vlist) d.d. 31 maart 2017, p. 29, Bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29984, nr. 713. Zie over de vergelijkbaarheid tussen beheerconcessie of zbo-relatie voor het borgen van publieke belangen het onderzoek naar staatsdeelnemingen: Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken, *Publieke belangen en aandeelhouderschap*, p. 11, Bijlage bij Kamerstukken II 2005/06, 28165, nr. 46.

⁴⁰ Zoals het laten vervallen van de statutaire eis van de bindende voordracht van de raad van commissarissen waaruit bestuurders door de algemene vergadering van aandeelhouders worden

zelfs het afschaffen van de raad van commissarissen worden overwogen⁴¹ en biedt het instrument van de beheerconcessie flexibiliteit bij het nastreven van publieke belangen bij de behartiging van de publieke taken van ProRail.

De toelichting gaat echter op deze minder ingrijpende alternatieven niet in. Een complete en samenhangende analyse van de mate waarin de bestaande sturings- en verantwoordingsmogelijkheden tekortschieten om de publieke belangen te dienen die met het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur samenhangen, ontbreekt. Evenmin wordt uiteengezet in welke mate de voorgenomen publiekrechtelijke omvorming de gesignaleerde tekorten zou ondervangen.

Zo wordt bijvoorbeeld in de toelichting gesteld dat vanwege de huidige positionering de vraag opkomt wat ProRail wel en niet met het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat moet bespreken en welke mate van transparantie de minister van ProRail verlangt. Na omvorming is ProRail als zelfstandig bestuursorgaan in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen gehouden om aan de minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen te verstrekken.⁴² Echter, ook thans is (de raad van bestuur van) ProRail B.V. zowel ingevolge de statuten⁴³ als de beheerconcessie⁴⁴ gehouden de minister gevraagd en ongevraagd bepaalde informatie te verschaffen. Bovendien zullen er ook na omvorming tot zbo vragen zijn over hoe in concrete omstandigheden aan de inlichtingenverplichting moet worden voldaan. Een informatieprotocol of een andere vastlegging van gezamenlijk overeen te komen afspraken en procedures kan daarbij behulpzaam zijn. Dat geldt echter evenzeer voor de huidige situatie als voor de situatie na publiekrechtelijke omvorming.

Uit een aantal onderzoeken is gebleken dat in het verleden de invulling van de sturing en verantwoording door de Minister en Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat en het Ministerie nadere verduidelijking en verbetering behoefde.⁴⁵ De toelichting besteedt geen aandacht aan de mate waarin de diverse aanbevelingen die in dit verband zijn gedaan, zijn opgevolgd, in het bijzonder over het verbeteren van de rolvastheid bij de sturing. Omdat het voorstel de publiekrechtelijke aansturing en verantwoording wil versterken, kan een dergelijke beschouwing en weging van de resultaten daarvan niet worden gemist.

benoemd (artikel 10.2 statuten ProRail B.V.) of het vastleggen van een goedkeuringsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders voor de begroting (artikel 2:129, derde lid, BW).

⁴¹ Mits een daartoe strekkende ontheffing wordt verkregen van de Minister van Justitie en Veiligheid ingevolge artikel 2:266 BW.

⁴² Artikel 20 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

⁴³ Zie artikel 22 statuten ProRail B.V., dat luidt: "Het bestuur en de raad van commissarissen verschaffen de algemene vergadering zonder vertraging alle verlangde informatie, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Indien door het bestuur en de raad van commissarissen op een zwaarwichtig belang een beroep wordt gedaan, wordt dit beroep gemotiveerd toegelicht."

⁴⁴ Zie artikel 21, eerste lid, Beheerconcessie 2015-2025, dat luidt: "In geval van ontwikkelingen, met inbegrip van incidenten, die naar het oordeel van ProRail aanmerkelijke gevolgen kunnen hebben voor de uitvoering van het beheer overeenkomstig deze concessie, of aanmerkelijke politieke of bestuurlijke gevolgen kunnen hebben voor de concessieverlener, meldt ProRail deze zo spoedig mogelijk aan de concessieverlener."

⁴⁵ Vergelijk "Kiezen voor een goed spoor, Scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024" van ABDTOPConsult (P.J.C.M. van den Berg, J. van der Vlist) d.d. 31 maart 2017, p. 29, Bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29984, nr. 713; "Evaluatie toezicht zbo's Ministerie IenM", bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 25268, nr. 125 (opmerkelijk is dat deze evaluatie ook betrekking heeft op ProRail B.V.); PwC, "Analyse beleid- en toezichtrelaties binnen I&M op Beheer, Onderhoud en Vervanging ProRail" (14 april 2015), Bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 33678, nr. 16.

Beoordeling van de meerwaarde van het wetsvoorstel wordt verder bemoeilijkt doordat het voorstel in een aantal belangrijke opzichten nog nadere uitwerking in gedelegeerde regelgeving behoeft. Zo wordt de uiteindelijke verhouding tussen de raad van bestuur en de raad van toezicht van ProRail nog nader bepaald bij ministeriële regeling. Er kan worden bepaald dat de raad van bestuur de voorafgaande instemming dan wel een verklaring van geen bedenkingen behoeft van de raad van toezicht voor bepaalde beslissingen. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen de ProRail en de minister. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot begroting, toezicht en verantwoording en kunnen beslissingen worden aangewezen die voorafgaande instemming van de minister behoeven. Bovendien kunnen bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld over het toezicht door de minister.

c. *Conclusie*

De Afdeling overweegt dat de ordening op het spoor uiteindelijk een middel is tot een doel: positionering, sturing en verantwoording van de hoofdspoorweginfrastructuurbeheerder zijn van belang ten behoeve van de adequate uitvoering van het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur als publieke taak en de behartiging van het daarmee gemoeide publieke belang.⁴⁶ Een concrete analyse van de mate waarin de geschetste bestaande kaders, in samenhang gezien, tekortschieten om dit publieke belang adequaat te dienen, en van de mate waarin de publiekrechtelijke omvorming deze tekorten ondervangt, zou de meerwaarde van de publiekrechtelijke omvorming moeten dragen. Vervolgens zouden deze voordelen moeten worden afgewogen tegen de kosten, inspanningen en risico's die de voorgestelde ingreep met zich zal brengen. De Afdeling merkt op dat de toelichting met het oog op deze te onderscheiden stappen in de noodzakelijke afweging tekortschiet. Hierdoor valt niet goed te beoordelen wat de daadwerkelijk beoogde opbrengst van de publiekrechtelijke omvorming is en wanneer de omvorming uiteindelijk doeltreffend is, temeer daar het voorstel in belangrijke opzichten nog nadere uitwerking behoeft.⁴⁷

Het voorgaande maakt dat de Afdeling onvoldoende aanleiding ziet voor de met de publiekrechtelijke omvorming van ProRail voorgenomen stelselwijziging en zij adviseert het voorstel te heroverwegen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

⁴⁶ Vergelijk "*Kiezen voor een goed spoor, Scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024*", ABDTOPConsult (P.J.C.M. van den Berg, J. van der Vlist) d.d. 31 maart 2017, p. 29, bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 29984, nr. 713.

⁴⁷ Vergelijk het besliskader 'Verbinding verbroken?', Kamerstukken I 2012/13, C, B.