

Publiekrechtelijke positionering ProRail

Datum	9 december 2016
Status	Definitief

Colofon

Ministerie Infrastructuur en Milieu

Bestuurskern

Plesmanweg 1-6 Den Haag

Opdrachtgever: DG Bereikbaarheid

Auteur: Projectteam positionering ProRail

Deze analyse is opgesteld onder verantwoordelijkheid van het ministerie van IenM met inhoudelijke inbreng van deskundigen van ProRail. Hierbij is gebruik gemaakt van adviezen van diverse externe deskundigen.

Inhoud

Hoofdstuk 1 Inleiding gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 2 Geschiedenis en huidige situatie van ProRail gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 3 Publieke organisatievormen gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 4 Governance en sturing gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 5 Juridische aspecten gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 6 Financiële functie en aansturing gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 7 Rechtspositie personeel gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 8 Elementen van de transitie gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Hoofdstuk 9 Samenvatting en conclusies gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet
Bijlage organisatievormen publiek - privaat gedefinieerd.	Fout! Bladwijzer niet

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De Tweede Kamer vraagt de staatssecretaris van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: IenM) om verantwoording af te leggen over ProRail aangezien het gaat om publieke taken en middelen. De huidige rechtsvorm, een BV, sluit hier niet optimaal bij aan. Mede om de verantwoording richting de Tweede Kamer en de sturing structureel te verbeteren heeft het kabinet op 29 april jl.¹ zijn voornemen geuit om van ProRail een publiekrechtelijke organisatie te maken. Dit past bij het kabinetsbeleid om de uitvoering van publieke taken, bekostigd door de overheid, ook publiekrechtelijk vorm te geven². In het geval van ProRail gaat het om taken die de markt niet in concurrentie kan uitvoeren en om jaarlijkse uitgaven van ca. € 2 miljard die grotendeels door het Rijk worden gefinancierd. De omvorming is een logische vervolgstap op de goede weg die ProRail onder de leiding van de nieuwe raad van bestuur is ingeslagen met de nieuwe topstructuur, het financiële verbeterprogramma en het vergroten van de transparantie. Bij het opstellen van dit document is gebruik gemaakt van de expertise bij ProRail, de Rijksoverheid, van externe onafhankelijke bureaus en van de gesprekken met stakeholders. Het streven is om de transitie zo soepel mogelijk te laten verlopen. Het kabinet heeft daarbij de voorkeur voor een vorm waarbij de consequenties voor de rechtspositie van het personeel, en ook voor de vervoerders, de reizigers en de verladers zo klein mogelijk zijn.

1.2 Doel en status analyse

Deze analyse heeft tot doel inzicht te bieden in de effecten die de verschillende publiekrechtelijke organisatievormen kunnen hebben op de sturing en verantwoording. Daarbij wordt ook gekeken naar de verschillende rollen en verantwoordelijkheden die het ministerie van IenM heeft ten opzichte van ProRail (o.a. (mede)wetgever, subsidieverlener, concessieverlener, toezichthouder en aandeelhouder). De herpositionering zal immers ook leiden tot aanpassingen in de rolverdeling en taakvervulling van IenM. Daarnaast wordt gekeken naar de gevolgen van de transitie voor onder andere de rechtspositie van het personeel, de financiële effecten en de consequenties daarvan voor de vervoerders, de reiziger en de verlader.

Voor het opstellen van de analyse is daarom het volgende analysekader gehanteerd, dat tevens de opbouw van deze analyse bepaalt:

- Sturingsverbeteringen
- Verbeteringen in de verantwoording
- Handvatten en kaders vanuit wetgeving en bestaand kabinetsbeleid
- Structurele effecten
- Transitiegevolgen

De staatssecretaris hecht aan een zorgvuldig en transparant proces op weg naar besluitvorming eind van het jaar. In de afgelopen periode is daartoe verschillende malen met diverse belanghebbenden gesproken, waaronder personenvervoerders, goederenvervoerders, decentrale overheden, consumentenorganisaties, Autoriteit Consument en Markt (ACM), Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), ondernemingsraad, vakbonden, aannemers en havenbedrijf Rotterdam. In deze gesprekken hebben zij aangegeven wat voor hen van belang is en waaraan de nieuwe publiekrechtelijke organisatievorm vanuit hun perspectief dient te voldoen.

Deze analyse is opgesteld onder verantwoordelijkheid van het ministerie van IenM met zoals gezegd inhoudelijke inbreng van deskundigen van ProRail en van de Rijksoverheid, en van de

¹ Kamerstuk 2015 - 2016, 33 678, nr. 16

² Kamerstuk 2013 - 2014, 25 268, nr. 83

inzichten uit de gesprekken met de belanghebbenden. Tevens is gebruik gemaakt van adviezen van diverse onafhankelijke externe bureaus. Soms is dit gebeurd in opdracht van het ministerie van IenM, soms in opdracht van ProRail en soms in gezamenlijke opdracht. Deze adviezen zijn tevens bijgevoegd.

Het gaat onder meer om de volgende documenten:

- *PwC, Memo Inschatting consequenties transitie ProRail (d.d. 12 oktober 2016)*. In opdracht van IenM is een inschatting gemaakt van de doorlooptijd, kosten en complexiteit van de transitie voor wat betreft de aandachtsgebieden cao, pensioenen, balans en contracten.
- *KPMG Meijburg, Mogelijke fiscale gevolgen van transitie van ProRail BV (d.d. 15 september 2016)*. In opdracht van ProRail zijn de mogelijke gevolgen voor de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting, de omzetbelasting en de overdrachtsbelasting bekeken voor ProRail zelf, maar -waar relevant- ook voor de afnemers en opdrachtnemers. De notitie is bedoeld voor discussiedoeleinden.
- *BDO, Analyse gevolgen mogelijke transitie ProRail voor omzetbelasting, vennootschapsbelasting, overdrachtsbelasting en dividendbelasting (d.d. 14 oktober 2016)*. In opdracht van IenM is gekeken naar de fiscale gevolgen die een eventuele transitie van ProRail B.V. naar een publiekrechtelijk rechtsvorm met zich mee brengt voor ProRail zelf, het Ministerie van I&M en overige partijen.
- *Stibbe, Juridische analyse van diverse mogelijke organisatievormen van ProRail (d.d. 19 oktober 2016)*. In opdracht van de Raad van Bestuur van ProRail heeft Stibbe een juridische analyse uitgevoerd van de diverse mogelijke organisatievormen van ProRail. In deze analyse zijn de voor- en nadelen van de diverse mogelijkheden vanuit juridisch perspectief geschetst. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de vennootschapsrechtelijke aspecten, de arbeidsrechtelijke aspecten en de publiekrechtelijke aspecten.
- *BCG, Toetsing besluitvormingsdocument organisatievormen ProRail (d.d. 17 oktober 2016)*. In gezamenlijke opdracht van ProRail en IenM is BCG gevraagd om het concept besluitvormingsdocument te toetsen. En daarbij concrete suggesties voor het verdiepen van de argumentatie, het beter navolgbaar maken van redeneerlijnen en het verbeteren van de leesbaarheid aan te dragen.
- *ProRail, Analyse van referentie risico's (d.d. 23 september 2016)*. ProRail heeft de interferentie risico's inzichtelijk gemaakt die optreden bij de herpositionering van ProRail tot een publiekrechtelijke organisatie.

1.3 Opbouw analyse / leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt de geschiedenis en huidige situatie van ProRail beschreven. Hiermee wordt inzicht gegeven in de keuzes en afwegingen die in het verleden zijn gemaakt ten aanzien van de (huidige) organisatievorm van ProRail. Hoofdstuk 3 beschrijft de handvatten en kaders die het kabinetsbeleid biedt ten aanzien van de publiekrechtelijke positionering en de keuze tussen een agentschap, publiekrechtelijke zbo (met en zonder rechtspersoonlijkheid) of hybride vorm. Daarbij wordt onder andere gekeken naar het kabinetsbeleid ten aanzien van privatisering en verzelfstandiging, zoals is opgenomen in het Regeerakkoord, de Kaderwet zbo's, de Regeling agentschappen en de brief van de minister voor Wonen en Rijksdienst aan de Tweede Kamer³. Hoofdstuk 3 gaat tevens in op de afbakening van deze analyse.

In de hoofdstukken 4 en 6 worden de veranderingen in de governance en (financiële) sturing bekeken ten opzichte van de huidige situatie. Hoofdstuk 5 beschrijft de juridische aspecten met betrekking tot de consistentie met Europese wetgeving. Daarbij is gekeken naar de technische veiligheidspijler (de onafhankelijkheidseis tussen ProRail en Inspectie Leefomgeving en Transport, ILT) en de marktpijler (de onafhankelijkheid en onpartijdigheid ten aanzien van een aantal taken

³ Kamerstukken II, 2013-2014, 25268, nr. 83

van ProRail als capaciteitsverdeling, gebruiksvergoeding, onderhoudsplanning en verkeersleiding). Hoofdstuk 7 geeft een beeld van de gevolgen voor de rechtspositie van het personeel en hoofdstuk 8 gaat in op de transitie die nodig is en de gevolgen daarvan. Hoofdstuk 9 bevat tot slot de samenvatting en conclusies per variant.

Hoofdstuk 2 Geschiedenis en huidige situatie van ProRail

2.1 Geschiedenis

Het begin van spoor

Nadat in 1839 de eerste spoorlijn in Nederland van Amsterdam naar Haarlem werd aangelegd, ontstond ook een geheel nieuwe bedrijfstak. De nieuwe spoorlijnen moesten geëxploiteerd worden. In eerste instantie werden de spoorlijnen zowel aangelegd als uitgebaat door particuliere ondernemingen, maar al gauw bleek dat de aanleg niet rendabel was en ving de Staat de financiële risico's op. In 1921 werd een regeling tussen de Staat en de spoorwegen (Hollandse Stoomtrein Maatschappij en Staats Spoorwegen) getroffen met als doel het op doeltreffende en economische wijze exploiteren van alle nog door de Staat aan te leggen spoorwegen. Deze gemengde bedrijfstak (gemeenschappelijk eigendom van overheid en particulieren samen) hield nog veel onzekerheden in zich. Daarom werd in 1938 een wet van kracht waarmee de NV Nederlandse Spoorwegen werd opgericht en de oude partijen werden geliquideerd. Het zou nog tot 1995 duren voordat de exploitatie werd gesplitst in een vervoerstaak en een beheertaak als gevolg van nieuwe EU-richtlijnen: de zogenaamde verzelfstandigingsoperatie van NS.

De splitsing van taken

De verzelfstandiging van de werkmaatschappijen van NV NS begon met de Europese richtlijn 91/440⁴, waarin een (minimaal boekhoudkundige) scheiding wordt voorgeschreven tussen het beheer van de spoorweginfrastructuur en de exploitatie van de vervoersdiensten. Deze richtlijn kreeg op nationaal niveau een vertaling met de "Richtlijn betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap" uit 1991. De uitgangspunten voor de scheiding tussen beheer en exploitatie en de daaropvolgende verzelfstandiging van NS-onderdelen werden in 1995 vastgelegd in "Over de wissel tussen markt en overheid"⁵. Hierin werd een nieuwe concernstructuur van NS voorgesteld waarbij er sprake is van een ontvlechting van en splitsing tussen de taak- en de marktsector. De taaksector zou gaan bestaan uit:

- NS Railinfrabeheer BV, voor aanleg, beheer en instandhouding;
- Railned BV, voor capaciteitsmanagement, capaciteitsplanning en spoorwegveiligheid;
- NS Verkeersleiding BV, voor de regeling en beheersing van het spoorverkeer.

Deze drie BV's bleven onderdeel van het NS-concern, maar kenden geen financiële kruisverbanden met de marktorganisaties van de NS. Als houdstermaatschappij van deze drie organisaties werd NS Railinfratruster BV (NS RIT BV) opgericht.

Nota "derde eeuw spoor"

Vanwege de geplande afronding van de verzelfstandiging van NS in 2002, ontstond de behoefte aan een verdere uitwerking van het marktordeningsregime. In de nota "De derde eeuw spoor"⁶ in 1999 werd het beeld geschetst hoe de nieuwe marktordering er uit zou gaan zien. Eén van de elementen daarvan was de verdere verzelfstandiging van de taakorganisaties. Dit vanwege het feit dat door het toelaten van concurrentie op het spoor, er behoefte bestond aan helderheid over de onafhankelijke positie van de taakorganisaties. Er werd voorgesteld om de Verkeersleiding en Railned uit NS te plaatsen en onder te brengen in één publiekrechtelijke zbo. Over de rechtsvorm van Railinfrabeheer na de uitplaatsing werd in deze nota nog geen duidelijkheid gegeven. De uitplaatsing van de drie taakorganisaties en Railinfratruster werd per 1 juli 2002 gerealiseerd door overdracht van de aandelen in NS RIT BV van de NS aan de Staat. Er is toen echter niet voor gekozen om de Verkeersleiding en Railned in een publiekrechtelijk zbo te plaatsen.

⁴ Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap

⁵ Kamerstukken II, 1994-1995, 18986, nr. 12

⁶ Kamerstukken II, 1999-2000, 26464, nr. 15

Herbezinning

In 2001 was er namelijk sprake van acute problemen op het spoor. Zo was de punctualiteit onvoldoende, was er sprake van gebrek aan treinen, een hoog ziekteverzuim, gebrek aan personeel en hoge aantallen storingen. Dit leidde tot de "Herbezinningsbrief"⁷ in september 2001. In deze brief werd primair gekozen voor duidelijkheid, rust en herstel voor de spoorsector. De drie taakorganisaties Railned BV, Railinfrabeheer BV en Railverkeersleiding BV zouden worden samengevoegd in een privaatrechtelijke organisatie. Er werd op dat moment niet gekozen voor de zbo-vorm voor Railned, Railinfrabeheer en Railverkeersleiding, omdat het beeld was dat een privaatrechtelijke organisatie de samenwerking in de sector zou bevorderen. Deze mogelijkheid stond, indien dit te zijner tijd werd gewenst, altijd nog open zo schreef de minister van Verkeer en Waterstaat in voornoemde herbezinningsbrief. Het samenvoegen in een private organisatie was volgens het kabinet een keuze, die de gewenste duidelijkheid en rust zou creëren. Een private rechtsvorm paste verder in het denken van het eerste decennium van de 21e eeuw. Daarnaast ging men er van uit dat er een private markt zou ontstaan voor het beheer van het spoor in Nederland. De fusie tussen de drie taakorganisaties kreeg met ingang van 1 januari 2005 haar beslag.

Eerste beheerconcessie

In 2005 leidde de herbezinning tot het verlenen van de eerste beheerconcessie⁸ ten aanzien van het beheer en onderhoud van de hoofdspoorweginfrastructuur aan de net opgerichte BV ProRail. De BV ProRail is de juridische fusie van de Railinfrabeheer, Railned en Railverkeersleiding. De spoorwegveiligheidsstaak van Railned werd ondergebracht bij de ILT.

Evaluatie Spoorwetgeving

Eind 2008 werd de werking van de Spoorwetwet geëvalueerd. De resultaten van de evaluatie van de spoorwetgeving evenals de resultaten van het onderzoek naar de ordening van ProRail (naar aanleiding van de motie Wolfson) werden met de Tweede Kamer gedeeld.⁹ Belangrijkste conclusie was dat de in Nederland gekozen ordening goed aansloot bij de Europese regelgeving en beleidsontwikkelingen. Er werden echter wel enkele verbeterpunten benoemd om de ordening beter te benutten die door het kabinet in lopende en nieuwe projecten zijn opgepakt.

LTSA en nieuwe beheerconcessie

Vervolgens is in 2014 de Lange termijn spooragenda (LTSA)¹⁰ opgesteld. Het opstellen hiervan had een aantal aanleidingen: het rapport van de Parlementaire commissie onderhoud en innovatie spoor ('commissie Kuiken')¹¹, de opeenvolgende winters waarin grote verstoringen op het spoor optraden, een veelheid aan programma's en projecten van ProRail, NS en IenM die een onderlinge samenhang vergen evenals de voorbereiding op de nieuwe concessies voor ProRail en NS. Met de LTSA werd ProRail door de nieuwe beheerconcessie gepositioneerd als de publieke uitvoeringsorganisatie op het spoor voor de infrastructuur, verkeersleiding en capaciteitsverdeling. Er is bewust gekozen om in de private vormgeving van ProRail geen wijzigingen door te voeren. Dit vanwege de winst die met een betere sturing en een nauwere samenwerking tussen (voornamelijk) NS, overige vervoerders en ProRail nog te behalen was en eventuele nadelen die aan een verandering van de ordening kleven. De verplichting tot een nauwere samenwerking is geland in de beheerconcessie 2015-2025 en in de vervoersconcessie NS 2015-2025. Ook gaat de LTSA uit van sterkere sturing vanuit IenM en wordt een cultuuromslag als noodzakelijk gezien om de focus van de spoorbedrijven te verleggen naar publieke dienstverlening.

⁷ Kamerstukken II, 2000-2001, 27465, nr. 53a en 3

⁸ Kamerstukken II, 2004-2005, 27482, nr. 99

⁹ Kamerstukken II, 2008-2009, 31987, nr. 1

¹⁰ Kamerstukken II, 2013-2014, 29984, nr. 474

¹¹ Kamerstukken II, 2011-2012, 32707, nr. 9

2.2 Beschrijving huidige situatie

ProRail is een besloten vennootschap naar Nederlands recht waarvan de aandelen (100%) in handen zijn van RIT BV. De aandelen (100%) van RIT BV zijn in handen van de Staat (het ministerie van IenM).

Op grond van de Spoorwegwet is de minister van IenM verantwoordelijk voor de aanleg en het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur wordt ten minste één beheerconcessie verleend. ProRail B.V. heeft per 1 januari 2015 voor de tweede maal de beheerconcessie voor de hoofdspoorweginfrastructuur verleend gekregen voor een periode van tien jaar. ProRail is daarmee beheerder in de zin van de Spoorwegwet. ProRail draagt op grond van de beheerconcessie zorg voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Het beheer heeft betrekking op:

- a. het onderhoud van de hoofdspoorweginfrastructuur;
- b. de voorbereiding en uitvoering van de uitbreiding van de hoofdspoorweginfrastructuur;
- c. de eerlijke, niet-discriminerende en transparante verdeling van de capaciteit van de hoofdspoorweginfrastructuur;
- d. het leiden van het verkeer over de hoofdspoorweginfrastructuur.

De concessie bestaat uit artikelen die de prestaties en verplichtingen van ProRail nader invullen. Zie hoofdstuk 4 voor de specifieke sturingsinstrumenten die in de concessie zijn vastgelegd. De Minister van IenM ziet toe op de naleving van de beheerconcessie.

Voor het uitvoeren van de beheertaken ontvangt ProRail een jaarlijkse subsidie voor beheer, onderhoud en vervanging. Voor aanleg worden per project subsidies verleend. De Spoorwegwet en het Besluit Infrastructuurfonds bevatten hiertoe regels. Aan de subsidies kunnen voorwaarden worden verbonden. Naast subsidie ontvangt ProRail onder andere vergoedingen van de vervoerders, de zogenaamde gebruiksvergoeding. Ook kan ProRail kan taken t.a.v. het spoor uitvoeren voor decentrale opdrachtverlenende overheden.

ProRail hanteert bij de uitvoering van haar taken hoofdzakelijk het privaatrecht. Zo wordt het privaatrecht onder meer gebruikt voor het afsluiten van projectovereenkomsten, objectovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten, het aangaan van toegangsovereenkomsten, het contracteren van aannemers en ingenieursbureaus en het kopen, verkopen of in gebruik krijgen en geven van gronden. Voor werkzaamheden in opdracht van gemeentes en provincies sluit ProRail derdenwerkovereenkomsten (bijvoorbeeld tunnels onder het spoor).

ProRail neemt in mandaat, dus namens de minister, enkele besluiten zoals het verlenen van vergunningen voor het uitvoeren van werkzaamheden in de directe omgeving van het spoor. ProRail heeft ook publieke taken en bevoegdheden waarvoor geen besluiten worden genomen, zoals aanwijzingsbevoegdheden toegekend aan de treindienstleiders in verband met verkeersleiding.¹²

¹² Regeling Spoorverkeer

Hoofdstuk 3 Publieke organisatievormen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op het kabinetsbeleid t.a.v. verzelfstandiging. Vervolgens wordt de focus van deze analyse beschreven. In de paragrafen daaropvolgend wordt ingegaan op de verschillende publiekrechtelijke organisatievormen waarbij de verschillende vormen worden langsgelopen: agentschap, hybride vorm (een combinatie van agentschap met zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid), zbo zonder rechtspersoonlijkheid en zbo met rechtspersoonlijkheid.

Overigens is er bij de nieuwe positionering van ProRail geen sprake van verzelfstandiging waarin een voormalige overheidsdienst richting de markt wordt gebracht. Er is sprake van een omgekeerde beweging, van privaatrechtelijk naar publiekrechtelijk. Dat maakt dat in dit geval in de analyse van de verschillende vormen ook gekeken zal worden waar er ruimte gevonden kan worden voor specifiek maatwerk voor ProRail.

3.2 Kabinetsbeleid verzelfstandiging

Het huidige kabinetsbeleid ten aanzien van publieke organisatievormen en verzelfstandiging¹³ gaat er primair vanuit dat publieke taken onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid worden uitgevoerd. De hoofdregel daarbij is dat zo'n taak wordt belegd bij een ambtelijke dienst (direct hiërarchisch onderschikt aan het ministerie) van een ministerie. Als er meer zelfstandigheid voor de uitvoeringsorganisatie gewenst is geldt 'een agentschap tenzij'.

Het is kabinetsbeleid dat een zbo met openbaar gezag is bekleed. Het moet gaan om taken met openbaar gezag die vanwege één van de drie in de Kaderwet genoemde redenen¹⁴ op afstand worden gezet in een zbo¹⁵. Daarbij wordt een zeer restrictieve interpretatie aangehouden¹⁶. Bij uitzondering kan er dus gekozen worden voor de zbo-constructie en indien het een zbo wordt dan bij voorkeur een publiekrechtelijke zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Hierbij geldt dat, wanneer er gekozen wordt voor een zbo-constructie, de eerste stap is om een zbo-bestuur in te richten met ondersteuning vanuit een dienst of een agentschap (publiekrechtelijke zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid).

In bijlage 1 wordt aan de hand van verschillende kenmerken (o.a. verantwoordelijkheid voor taakuitvoering, wijze van sturing, rechtspositie personeel) weergegeven welke verschillende organisatievormen er zijn op de as publiek - privaat. In de laatste kolom is ProRail in de huidige organisatievorm weergegeven.

3.3 Afbakening analyse

Zoals in hoofdstuk 1 is verwoord moet de analyse inzicht bieden in de verschillende aspecten van de publiekrechtelijke organisatievormen. In aansluiting op het kabinetsbeleid ten aanzien van publieke organisatievormen, focust deze analyse zich op de mogelijke publiekrechtelijke organisatievormen agentschap en publiekrechtelijk zbo (met of zonder eigen rechtspersoonlijkheid). Ook de mogelijkheid van een hybride vorm zal worden verkend (een

¹³ Kamerstukken II, 2013-2014, 25 268, nr. 83

¹⁴ Onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid; strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen; participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurszaak bijzonder aangewezen moet worden geacht.

¹⁵ Zie artikel 1 van de Kaderwet zbo's waar zbo gedefinieerd wordt als een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 25268, nr. 20 en nr. 83

combinatie van agentschap met zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid). De reden dat de overige organisatievormen uit bijlage 1 niet in de analyse zijn opgenomen, wordt hieronder nader toegelicht.

Ambtelijke dienst

De analyse voor de vorm bij de publiekrechtelijke positionering van ProRail als ambtelijke dienst komt grotendeels overeen met een agentschap. Het belangrijkste verschil is de hogere mate van zelfstandigheid die een agentschap heeft ten opzichte van gewone dienstonderdelen. Deze zelfstandigheid krijgt vorm doordat een agentschap werkt met een specifiek sturingsmodel en een eigen financiële administratie. Hierdoor heeft een agentschap zicht op de eigen financiën en is zo meer kostenbewust.

ProRail werkt met duidelijk afgebakende taken waarbij een relatie wordt gelegd tussen output en input. Om dit te kunnen doen is het noodzakelijk te weten hoeveel kosten gemaakt worden ten behoeve van de output (producten en diensten). Een eigen financiële administratie, zoals ProRail die nu kent door middel van een baten-lastenstelsel, is hiervoor noodzakelijk.

Privaatrechtelijke zbo

Een privaatrechtelijk bestuursorgaan is, in gevolge artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Algemene wet bestuursrecht een persoon of college met openbaar gezag bekleed. Specifiek voor ProRail betekent dat het privaatrechtelijke transactiemodel (het sluiten van toegangsovereenkomsten tussen ProRail en vervoerder) tussen ProRail en vervoerders moet worden gewijzigd in een bestuursrechtelijk transactiemodel en dat de verhouding tussen ProRail en vervoerders op publiekrechtelijk wordt vormgegeven.

De vorm privaatrechtelijk zbo wordt niet nader beschouwd omdat het kabinet op 29 april jl. zijn voornemen heeft geuit om van ProRail een publiekrechtelijke organisatie te maken. Dit past bij het kabinetsbeleid om de uitvoering van publieke taken, bekostigd door de overheid, ook publiekrechtelijk vorm te geven¹⁷. In het geval van ProRail gaat het om taken die de markt niet in concurrentie kan uitvoeren en om jaarlijkse uitgaven van ca. € 2 miljard die grotendeels door het Rijk worden gefinancierd. Om deze redenen blijven ook aanscherpingen in het governance-model van ProRail in de huidige privaatrechtelijke rechtsvorm buiten beschouwing.

Splitsing organisatie

Verder blijft een algehele splitsing van de organisatie waarbij aanleg en beheer (onderhoud, capaciteitsverdeling en verkeersleiding) worden ondergebracht in een agentschap en de (essentiële) taken (capaciteitsverdeling, vaststellen van de gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning) in een aparte organisatie met zbo-status buiten beschouwing omdat de uitvoering van de taken binnen ProRail dusdanig met elkaar verweven is dat een splitsing een te vergaande ingreep zou zijn.

3.4 Agentschap

Een agentschap is een 'intern verzelfstandigd in de uitvoering werkzaam dienstonderdeel van een ministerie dat een eigen sturingsmodel en financiële administratie kent' (artikel 1, onder 1, Regeling agentschappen). Een agentschap heeft een resultaatgericht sturingsmodel waarin drie rollen worden onderscheiden: eigenaar (doorgaans de secretaris-generaal SG), opdrachtgever (beleidsdirecteur-generaal) en opdrachtnemer (directeur of directeur-generaal van het agentschap).

De taken van een agentschap worden vastgelegd in het instellingsbesluit. Prestatie- en andere afspraken kunnen in bijvoorbeeld een Service Level Agreement worden neergelegd (zoals in het

¹⁷ Kamerstukken II, 25268, nr. 83

geval van Rijkswaterstaat). De minister (of staatssecretaris) kan het bestuur aanwijzingen geven. De sturing strekt zich uit tot de taakuitvoering en de bedrijfsvoering.

3.4.1 Instellingsvoorwaarden

In de Regeling agentschappen¹⁸ zijn de volgende instellingsvoorwaarden opgenomen:

- a) een verwachte omzet of verwachte ontvangsten van meer dan € 50 miljoen op jaarbasis;
- b) een resultaatgericht sturingsmodel;
- c) mogelijkheid om doelmatiger te werken als dienstonderdeel van het betrokken ministerie en aangeven hoe de dienst als agentschap de doelmatigheid ten minste gedurende de vijf daarna volgende jaren verder zal ontwikkelen;
- d) een zodanig verband leggen tussen uitgaven en prestaties, dat bekostiging op basis van prestaties mogelijk is;
- e) een voldoende kwaliteitsniveau van de financiële functie en het financieel beheer waarborgen.

De verwachting is dat met een specifieke inrichting van ProRail als agentschap, ProRail voldoet aan de bovengenoemde instellingsvoorwaarden. Het is aan de Minister van Financiën om dit te beoordelen.

Voor de instelling van een baten-lastenagentschap¹⁹ geldt de aanvullende voorwaarde dat de voorziene gemiddelde afschrijvingskosten per jaar meer dan 5% van de totale lasten bedragen, berekend over een periode van drie jaar.

3.5 Zbo

Conform de Algemene wet bestuursrecht (artikel 1:1) wordt onder een bestuursorgaan verstaan een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. De Kaderwet zbo's definieert het begrip zelfstandig bestuursorgaan als volgt 'een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar bezag is bekleed, en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister van IenM (artikel 1, onder a, Kaderwet zbo's). De Kaderwet regelt onder meer de inrichting van een zbo, de rol van de bewindspersoon, informatievoorziening, sturing en (financieel) toezicht.

Vergelijkbaar met een agentschap kent een zbo de drie rollen van eigenaar (de Secretaris-Generaal, SG), opdrachtgever (de beleidsdirecteur-generaal) en opdrachtnemer (bestuur/directie van het zbo)²⁰. De taken van een zbo worden vastgelegd in de instellingswetgeving en nader uitgewerkt in onderliggende regelgeving. Prestatieafspraken worden in onderling overleg tussen de minister en het zbo vastgelegd. De minister van IenM kan beleidsregels gericht op de taakuitvoering vaststellen. In het geval van ProRail moet hierbij rekening worden gehouden met beperkingen die voortvloeien uit de boven genoemde Europeesrechtelijke vereisten. Zie verder hoofdstuk 5. De inrichting van de bedrijfsvoering is aan het zbo zelf.

3.5.1 Openbaar gezag

De Kaderwet zbo's geldt voor alle zbo's die bij of krachtens de wet openbaar gezag uitoefenen²¹. In de huidige situatie is er bij aanleg en beheer geen sprake van openbaar gezag bij ProRail. In de in

¹⁸ Staatscourant, nr. 20668, 15 oktober 2012

¹⁹ Stelsel waarbij uitgaven en ontvangsten worden toegerekend aan het tijdvak waarin het verbruik van goederen en diensten plaatsvindt en de baten ontstaan.

²⁰ Circulaire = bijlage 2 bij TK 25268, nr. 113

²¹ Kaderwet zbo's, artikel 1 onder a

hoofdstuk 2 genoemde 'herbezinningsbrief' is afgestapt van het voornemen ProRail als zbo in te stellen. Om die reden is bij de capaciteitsverdeling het transactiemodel privaatrechtelijk vormgegeven (o.a. toegangsovereenkomsten en netverklaring) en is er dus geen sprake van openbaar gezag. Bij de verkeersleiding is bij ministeriële regeling openbaar gezag toegekend aan de verkeersleiders van ProRail. Daarnaast heeft ProRail circa 45 personen in dienst die als buitengewoon opsporingsambtenaar (boa) zijn benoemd en openbaar gezag uitoefenen, maar niet onder gezag van ProRail²². Hun primaire functie is medewerker incidentenbestrijding en zij zijn onderdeel van de verkeersleiding. Bij een aantal overige wettelijke taken ten aanzien van telecommunicatie is wel sprake van openbaar gezag. Daarnaast geeft ProRail spoorwegvergunningen af in mandaat van de Minister van IenM. Deze taken maken van ProRail echter op dit moment geen (privaatrechtelijk) zbo omdat ProRail deze taken namens de Minister van IenM uitvoert.

Voor de capaciteitsverdeling en de vergoeding minimum toegangspakket (in spraakgebruik gebruiksvergoeding) kan overwogen worden in de Spoorwegwet het privaatrechtelijke transactiemodel (toegangsovereenkomsten) te vervangen door een bestuursrechtelijk systeem (toegangsbeschikkingen). Er is vanuit het IenM beleid geen aanleiding om het huidige transactiemodel om te vormen. In hoofdstuk 5 wordt nader uitgewerkt of het Europeesrechtelijk mogelijk is en welke (juridische) effecten een eventuele omvorming met zich meebrengt.

Indien besloten wordt ProRail om te vormen tot een zbo zal via de instellingswetgeving worden bepaald dat ProRail op een aantal aspecten van de taakuitvoering openbaar gezag uitoefent. Dat richt zich op de volgende taken:

- Verkeersleiding: De boven genoemde ministeriële regeling waarmee openbaar gezag is toegekend aan de verkeersleiders toebedeeld zal worden gewijzigd; het openbaar gezag zal worden toegekend aan het zbo ProRail.
- Heffing van tarieven bij derden werken: De vergoeding voor werkzaamheden die ProRail nu verricht voor andere overheden is als informatieplicht in de beheersconcessie vermeld en is richting andere overheden privaatrechtelijk vormgegeven. In de instellingswetgeving zal deze vergoeding worden vormgegeven als tarief dat het zbo ProRail zal heffen met goedkeuring van de minister van IenM.
- Verlening spoorwegomgevingsvergunningen: Op dit moment verleent ProRail BV in mandaat van de minister van IenM vergunningen voor werkzaamheden in de nabijheid van het spoor. Bij het opstellen van de instellingswetgeving zal worden bekeken in hoeverre deze taak aan het zbo ProRail geattribueerd kan worden. Daarbij zal rekening worden gehouden met de invoering van de Omgevingswet die ertoe zal leiden dat de omgevingsvergunningen niet langer in de Spoorwegwet worden geregeld maar in de Omgevingswet.
- Toezicht en handhaving op spoorwegomgevingsvergunningen: Op dit moment is het toezicht op spoorwegomgevingsvergunningen geattribueerd aan de bovengenoemde medewerkers van ProRail die als buitengewoon opsporingsambtenaar zijn benoemd. De handhaving wordt uitgevoerd door de ILT. Bij het opstellen van de instellingswetgeving zal worden bekeken in hoeverre deze taken aan het zbo ProRail geattribueerd kunnen worden. Ook hierbij zal rekening worden gehouden met de invoering van de Omgevingswet.
- Telecommunicatie: Op grond van artikel 5.9, eerste lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet oefent ProRail ook nu reeds openbaar gezag uit. Dit zal na een keuze tot omvorming tot zbo worden voortgezet.

²² In artikel 6 van het Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar ProRail B.V. 2011 (hierna: het Besluit boa ProRail) heeft de minister de hoofdofficier van justitie bij het Landelijk Parket te Rotterdam als toezichthouder en de korpschef, bedoeld in artikel 27 van de Politiewet 2012, als direct toezichthouder aangewezen. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2201.

3.5.2 Instellingsmotieven

In de Kaderwet zbo's zijn drie mogelijke motieven voor het op afstand van de minister beleggen van taken met openbaar gezag in een zbo beschreven:

- het onafhankelijkheidsmotief: er is behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid;
- het participatiemotief: de participatie van maatschappelijke organisaties moet bijzonder aangewezen worden geacht;
- het motief 'regelgebonden uitvoering': er is sprake van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen.

Bij het instellingsmotief onafhankelijkheid voert het zbo taken uit die om inhoudelijke overwegingen op gepaste afstand van de verantwoordelijke minister worden belegd. De benodigde onafhankelijkheid heeft betrekking op de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de uitoefening van openbaar gezag op burgers en organisaties: het zbo dient dit gezag onafhankelijk te kunnen uitoefenen. De minister is alleen stelselverantwoordelijk en niet verantwoordelijk voor de bestuurlijke afwegingen en voor de uitkomsten van de besluitvorming van het zbo.

Het participatiemotief blijkt de afgelopen jaren bij de afweging of een organisatie een zbo-status moet hebben nauwelijks een doorslaggevende rol te hebben²³. Meestal kan de participatie van maatschappelijke organisaties ook op andere manieren worden vormgegeven, bijvoorbeeld via een gebruikersraad. Het motief regelgebonden uitvoering wordt inmiddels niet meer als voldoende reden geacht om de ministeriële verantwoordelijkheid te beperken.²⁴

In het geval van ProRail is er sprake van het onafhankelijkheidsmotief ten aanzien van de taken capaciteitsverdeling, gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning. Het gaat om onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. De capaciteitsverdeling en gebruiksvergoeding moet op grond van Europese regelgeving onafhankelijk en non-discriminatoire worden uitgevoerd. De verkeersleiding en onderhoudsplanning dienen onpartijdig te worden uitgevoerd. In hoofdstuk 5 wordt dit nader beschreven. Voor de overige taken, zoals onderhoud en aanleg, geldt een dergelijk motief niet. Echter, stelt het Europese recht ook daarvoor kaders die in hoofdstuk 5 nader worden beschreven. Zoals onder 3.3 aangegeven blijft een algehele splitsing van de organisatie buiten beschouwing. Indien de keuze wordt gemaakt voor een zbo, is de uiteindelijke beoordeling van het instellingsmotief aan de wetgever in formele zin²⁵.

3.5.3 Zbo met of zonder eigen rechtspersoonlijkheid

Het verschil tussen een zbo met en zonder eigen rechtspersoonlijkheid is dat een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid op eigen titel (los van de rechtspersoon Staat der Nederlanden) als contractpartij kan optreden, civielrechtelijke processen kan voeren en CAO's kan afsluiten. De rechtshandelingen van een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid gelden als rechtshandelingen van de Staat. In de toelichting bij artikel 124d van de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn de volgende overwegingen genoemd ter overweging van zbo met een eigen rechtspersoonlijkheid:

- Het zelfstandig bestuursorgaan heeft dan de mogelijkheid zelfstandig contracten te sluiten of personeel aan te nemen, wat voor het onafhankelijk verrichten van zijn publieke taak van belang kan zijn;
- In de afweging over het toekennen van rechtspersoonlijkheid dient telkens te worden betrokken of het personeel een aanstelling bij een aparte organisatie zou prefereren boven een aanstelling in algemene rijksdienst en of het bestuur/ de directie de

²³ Rapport herpositionering zbo's, bijlage bij Kamerstuk 25268 nr. 79

²⁴ Kamerstukken II, 25268, nr. 20 (kabinetsreactie op commissie Kohnstamm)

²⁵ Een wetsvoorstel voor een instelling van zbo zal mede door de minister voor Wonen en Rijksdienst worden ondertekend (art. 6 Kaderwet zbo's).

verantwoordelijkheid voor het personeel, de organisatie, het financieel beheer en wat diens meer zij, kan dragen.

ProRail B.V. bezit nu rechtspersoonlijkheid, sluit contracten af met aannemers, vervoerders, overheden en andere partijen. ProRail kent een eigen CAO en werkt niet alleen voor het Rijk maar ook voor andere overheden en vervoerders.

Bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid, zoals in deze analyse uitgewerkt (zie hoofdstuk 4), worden alle taken van ProRail in een agentschap ondergebracht en uitgevoerd onder leiding van een bestuur dat als zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid is vormgegeven. Zaken als aanstelling, ontslag en bevordering blijven wel de bevoegdheid van de minister en worden gemandateerd aan de directeur of directeur-generaal van het agentschap. Het verschil met het hieronder beschreven hybride model is dat in de hybride vorm slechts een deel van de taken onder een zbo-bestuur wordt uitgevoerd en een ander deel onder een directeur of directeur-generaal.

3.6 Hybride vorm

Tot slot wordt in deze analyse gekeken naar een hybride vorm, een combinatie van agentschap en zbo-bestuur waarbij de taken die onafhankelijkheid behoeven onder het zbo-bestuur vallen. De taken aanleg en onderhoud worden uitgevoerd in een agentschap dat onder leiding staat van een directeur of een directeur-generaal. Tevens wordt door dit agentschap de capaciteitsverdeling, vaststelling en heffing gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning uitgevoerd. Omdat dit de taken zijn die onafhankelijkheid en onpartijdigheid behoeven (zoals nader beschreven in hoofdstuk 5), worden deze taken niet onder leiding van de directeur of directeur-generaal van het agentschap uitgevoerd maar onder het gezag van een bestuur dat als zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid wordt vormgegeven. Deze hybride vorm komt neer op een agentschap met een dubbelhoofdige leiding: voor het ene deel van de taken de directeur of directeur-generaal en voor het andere deel van de taken het zbo-bestuur. In praktijk is dit bij sommige organisaties dezelfde persoon (bijv. Dienst van de Huurcommissie).

Het personeel van het agentschap dat werkzaam is ten behoeve van het zbo-bestuur staat onder het gezag van het zbo en legt over zijn werkzaamheden uitsluitend daaraan verantwoording af. Het personeel kan dan ook niet door de minister ter verantwoording worden geroepen. Zaken als aanstelling, ontslag en bevordering blijven wel bevoegdheid van de minister en worden gemandateerd aan de directeur of directeur-generaal van het agentschap.

Ten aanzien van de operationele verwevenheid van taken geldt dat de afdelingen Capaciteitsverdeling en Verkeersleiding met de andere bedrijfsonderdelen van ProRail voor de planning, inpassing en uitvoering van onderhoud en bouw groot is. De afdeling Capaciteitsverdeling verdeelt de treinpaden aan alle vervoerders, herplant de treinen bij buitendienststellingen en stelt de tijdslots voor de aannemers om te werken aan het spoor beschikbaar; zowel planmatig een jaar vooruit als operationeel één dag voor de uitvoering. In dit plan zijn alle activiteiten op het spoor in detail en conflictvrij gepland en dit plan wordt dagelijks geleverd aan Verkeersleiding voor de besturing van de treinenloop van de volgende dag. Om deze onderlinge verwevenheid in werken te faciliteren zijn de afdeling Infrabeschikbaarheidsplanning van de afdeling Assetmanagement, het Bedrijfsbureau van de afdeling Projecten, de leiding en staf van Verkeersleiding, alsmede de afdeling Capaciteitsverdeling binnen ProRail bij elkaar in hetzelfde gebouw en op dezelfde etage geplaatst. Per jaar worden er zo 3,3 miljoen treinritten gemaakt en wordt er 40.000 keer in kleine en grote buitendienststellingen gewerkt aan het spoor. Ook tijdens elke buitendienststelling voor onderhoudswerk of nieuwbouw en vervanging zijn er contacten tussen de uitvoerder van de aannemer en de treindienstleider van Verkeersleiding voor het tijdig buitendienst en op tijd weer in dienst stellen van de sporen.

De vraag is in hoeverre een zuivere scheiding kan worden aangebracht tussen enerzijds de taken die onder leiding van de directeur of directeur-generaal en dus onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid zullen worden uitgevoerd en anderzijds de taken die onder leiding van het zbo-bestuur en dus onder beperkte ministeriële verantwoordelijkheid. Indien de keuze wordt gemaakt voor een hybride vorm, zal deze scheiding nader bekeken moeten worden bij de uitwerking van deze vorm.

Hoofdstuk 4 Governance en sturing

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de huidige governance van ProRail beschreven. Deze wordt vervolgens afgezet tegen de mogelijke toekomstige governance van ProRail bij de omvorming tot een publiekrechtelijke organisatie. Daarnaast geeft dit hoofdstuk inzicht in de huidige sturings- en verantwoordingsrelatie tussen IenM en ProRail en hoe deze relatie kan worden vormgegeven na de omvorming van ProRail tot een publiekrechtelijke organisatie.

Bij de vergelijking van de mogelijkheden voor sturing is in dit hoofdstuk gekeken naar de verschillende organisatiemodellen t.a.v. zaken als de bevoegdheid tot het goedkeuren begroting, het meerjarenbeleidsplan, de jaarrekening en tarieven; de aansluiting van de financiële cyclus op die van de Rijksbegroting; het benoemen, schorsen en ontslaan en bezoldigen van leden van de raad van bestuur; de zeggenschap in strategiebepaling; aanwijzingsbevoegdheid op of mogelijkheid tot vernietiging van inhoudelijke besluiten en de sturing op prestaties, maatregelen en programma's, en op doelmatigheid en doeltreffendheid.

Ten aanzien van de mogelijkheden voor verantwoording is voor verschillende organisatiemodellen eveneens gekeken in dit hoofdstuk en naar verschillende bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om informatie te vragen aan ProRail; periodieke uitvoerings-, verantwoordings- en financiële rapportages; toezicht op risico's voor de continuïteit van de organisatie en de aansluiting bij de Wet openbaarheid van bestuur. Wat dat laatste betreft geldt dat ProRail na de omvorming onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) valt.

4.2 Huidige governance en sturing ProRail

ProRail is een privaatrechtelijke onderneming (BV) die grotendeels wordt gefinancierd uit gelden vanuit het Infrastructuurfonds (70%). ProRail ontvangt een gebruiksvergoeding van iedere vervoerder voor het gebruik van het Nederlandse spoor (16%). Daarnaast ontvangt zij inkomsten van decentrale opdrachtverlenende overheden en private partijen voor het verrichten van zogenaamde werken voor derden (14%).²⁶ Binnen ProRail is de raad van bestuur (RvB) verantwoordelijk voor het bestuur van ProRail. De RvB bestaat uit drie bestuurders, te weten de Chief Executive Officer (CEO), de Chief Financial Officer (CFO) en de Chief Operating Officer (COO). De RvB legt de focus op strategisch-tactische zaken. Onder de RvB is het Executive Committee (ExCo) gepositioneerd dat verantwoordelijk is voor het inrichten en het verrichten van de dagelijkse operatie binnen ProRail. Het ExCo bestaat uit de leden van de RvB aangevuld met leden namens de afdelingen van HRM, Communicatie, Vervoer en Dienstregeling, Finance, Procurement, Assetmanagement, ICT, Projecten en Verkeersleiding.²⁷ Omdat ProRail een structuurvennootschap is, heeft ProRail een raad van commissarissen (RvC). Deze bestaat nu uit zes leden. De RvC houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken van ProRail en de daarmee verbonden onderneming. Bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur zijn onderworpen aan goedkeuring van de RvC en de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA), zoals besluiten over (lange termijn) strategie, duurzame samenwerking met derden, belangrijke investeringen en de jaarlijkse vaststelling van de begroting. De Staat is 100% aandeelhouder van Railinfratrust BV die op haar beurt 100% aandeelhouder is van ProRail BV. Op de rol van aandeelhouder en de overige rollen van IenM ten aanzien van ProRail wordt hierna ingegaan.

²⁶ Percentages op basis van resultaten 2015. Het betrof hier €1.4 mld. aan subsidies, €320 mln. gebruiksvergoedingen en €308 mln. aan bijdragen van gemeenten en provincies.

²⁷ Met ingang van 1 april 2016 is de nieuwe topstructuur tot stand gekomen die aan de basis staat van deze tweedeling. Zie hierover ook Kamerstuk II, 29984, nr. 657.

In de huidige aansturing van ProRail zijn er binnen IenM een aantal rollen te onderscheiden:

- IenM is concessieverlener voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. De sturings- en verantwoordingsverplichtingen met betrekking tot deze rol zijn vormgegeven in de beheerconcessie. Specifieke sturingsinstrumenten hierbij zijn de prestatie-indicatoren met bodem- en streefwaardes.²⁸ Indien ProRail tekortschiet op een bodemwaarde volgt een sanctie. Daarnaast zijn in de concessie specifieke maatregelen en programma's opgenomen waarover ProRail de voortgang, acties en mijlpalen meldt aan IenM. Wanneer hier niet voldoende voortgang op wordt geboekt, kan IenM ProRail een last onder dwangsom opleggen. Daarnaast informeert ProRail IenM en de stakeholders over specifiek in de concessie opgenomen informatie-indicatoren. Rond de samenwerking met direct betrokken stakeholders bij het spoor zijn diverse verplichtingen opgenomen. Ook is er de mogelijkheid om op diverse onderwerpen benchmarks, audits en reviews (ook een mid-term review halverwege tijdens de concessieperiode) uit te voeren. De jaarlijkse cyclus van ProRail bestaat op de eerste plaats uit de oplevering van een beheerplan. IenM levert hiervoor de input via de beleidsprioriteitenbrief waarin de prioriteiten voor het volgende jaar zijn opgenomen. Het beheerplan wordt tegelijk met de definitieve subsidieaanvraag voor beheer, onderhoud en vervangingen ter instemming voorgelegd aan IenM (waarbij een aanwijzing van IenM met een specifieke voorwaarde kan volgen). Daarnaast levert ProRail per halfjaar een verslag op met de resultaten ten aanzien van de prestaties en financiën. Om invulling te geven aan de verplichtingen uit de beheerconcessie hebben IenM en ProRail een gezamenlijk beheerprotocol vastgesteld. Het beheerprotocol bevat concrete werkafspraken tussen IenM en ProRail over samenwerking, de jaarcyclus (beheerplan, subsidie), informatievoorziening, overleg en werkwijze bij projecten.
- IenM is subsidieverlener voor uitbreiding, beheer, onderhoud en vervanging van het hoofdspoorweginfrastructuur. Bij de subsidieverlening voor kapitaallasten en onderhoud (beheer, onderhoud en vervanging en rente) geldt dat ProRail jaarlijks voor 1 september een aanvraag doet voor het volgende jaar, waarop IenM voor 1 januari de instemming verleent. Gedurende het subsidiejaar kan ProRail een verzoek tot wijziging van de subsidie indienen, waarop IenM aanvullende subsidie kan verlenen. Na afloop van het jaar dient ProRail voor 1 juli het verzoek tot vaststelling van de subsidie in, waarop binnen zes maanden de vaststelling van de subsidie door IenM volgt.
- Daarnaast geldt dat voor de uitbreiding van de hoofdspoorweginfrastructuur IenM ondermeer subsidies aan ProRail verleent voor verkenningen, planuitwerkingen en realisatie van nieuwbouwprojecten. ProRail dient hiervoor per project een subsidieaanvraag in. Op basis hiervan verstrekt IenM op projectniveau een subsidie aan ProRail. IenM houdt vervolgens toezicht op de besteding van middelen en voortgang conform in de subsidiebeschikking overeengekomen planning, budget en scope. Een jaar na indienststelling van een project vindt de definitieve subsidievaststelling plaats.
- IenM vervult de rol van aandeelhouder. Op grond van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft de aandeelhouder een aantal bevoegdheden, zoals de benoeming en ontslag van de RvC, het vaststellen van het bezoldigingsbeleid ten aanzien van de RvB en de RvC, het goedkeuren van de jaarrekening, het goedkeuren van grote investeringen die geen verband houden met concessie- en subsidieverlening en het goedkeuren van veranderingen in de identiteit of het karakter van de onderneming. Daarnaast zijn indachtig het BW in de statuten van ProRail bevoegdheden toegekend aan de aandeelhouder, zoals de bepaling van het aantal leden van het bestuur, de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders.
- Naast de rollen van concessie- en subsidieverlener en aandeelhouder kunnen ook de rollen van beleidsmaker, voorbereider van wetgeving en toezichthouder worden onderscheiden. Als beleidsmaker draagt IenM de (politieke) systeemverantwoordelijkheid voor de ordening en werking van de spoorsector in Nederland. Als (mede) wetgever borgt IenM het publieke belang en de doelen van de spoorwetgeving, onder meer door het voorbereiden van wet- en regelgeving en een visie op de (ontwikkeling van de) spoorsector. En als toezichthouder houdt

²⁸ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2 voor een korte beschrijving van de concessiesystematiek.

IenM toezicht, zowel op het volledige systeem, als op de veiligheid en op de uitvoering en naleving van de verleende concessies.²⁹

4.3 Toekomstige governance en sturing ProRail

Hierna worden de relevante (interne) governance- en sturingsaspecten beschreven bij de omvorming tot agentschap, hybride vorm en zbo met en zonder rechtspersoonlijkheid.

4.3.1 Agentschap

Agentschappen werken met een 'resultaatgericht sturingsmodel' waarin opdrachtgever, agentschap en eigenaar afspraken maken over prestaties, kwaliteit, kosten en risico's. In hoofdstuk 3 is dit model nader beschreven. Op de volgende pagina wordt beschreven hoe de governance van ProRail eruit kan zien indien het een agentschap zou zijn.

Voor IenM zijn er twee rollen richting een agentschap: die van eigenaar en die van opdrachtgever. De vereisten voor het uitvoeren van deze functies staat voorgeschreven in de Regeling agentschappen, waarbij de exacte invulling van deze rollen maatwerk is. Gelet op de grootte van de organisatie is te verwachten dat aan het hoofd van de organisatie een directeur-generaal (een directeur is ook mogelijk) komt te staan die ook zal plaatsnemen in de bestuursraad van IenM (waar een directeur niet in zit). Het agentschapsmodel kent geen RvC. Wat betreft de inrichting van de organisatie geldt dat de huidige organisatiestructuur van ProRail binnen een agentschapsvorm grotendeels in stand kan blijven. Binnen de IenM-organisatie doen zich wel mogelijk wel wijzigingen voor, dit dient nader te worden uitgezocht. Een agentschap loopt mee in het sturings en controlmodel van IenM dat is gebaseerd op eenduidige leiding in de vorm van het SG-DG model en een doelmatige sturingscyclus. In het SG-DG model is er geen formele verantwoordingslijn tussen de opdrachtgevende beleids-DG en het hoofd van het agentschap (DG of directeur ProRail). De eigenaar is verantwoordelijk voor het toezicht op de opdrachtnemer en op de algemene gang van zaken. De opdrachtgever is degene die opdracht geeft tot het leveren van producten en diensten en daarvoor een bijdrage toekent. De eigenaarsrol wordt ingevuld door de SG en de opdrachtgeverrol door de beleidsverantwoordelijke DG. De eigenaar draagt daarnaast zorg voor kwalitatief goede systemen en voor het toezicht op de budgettaire kaders, de continuïteit van het agentschap en de kwaliteit van de producten. Ook kan de eigenaar de begroting, de tarieven, het jaarplan, de leenaanvragen, de jaarrekening en de onvoorziene ontwikkelingen goedkeuren en/of toetsen en ingrijpen in de bedrijfsvoering.

Een agentschap is hiërarchisch ondergeschikt aan de bewindspersoon. De bewindspersoon kan bijvoorbeeld een aanwijzing geven met betrekking tot de dagelijkse taakuitoefening. Hierdoor ontstaat een directe en eenduidige sturings- en verantwoordingslijn waarmee de bewindspersoon ook ministerieel verantwoordelijk is voor de uitvoering van taken en bevoegdheden van het agentschap.³⁰ Zo kan de bewindspersoon haar verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en de continuïteit van het functioneren van ProRail beter waarmaken. Het budgetrecht van het parlement geldt onverkort voor een agentschap. Het agentschap loopt voorts mee in het begrotingsproces van IenM en heeft een eigen paragraaf in de begrotingswetten en verantwoording van IenM.

De taken van het agentschap zullen worden vastgelegd in een instellingsbesluit, daarnaast dient ook bestaande regelgeving worden aangepast. Dit besluit wordt ondertekend door zowel de bewindspersoon als de minister van Financiën. Prestatie- en andere afspraken worden bij de

²⁹ Op de rol van de Inspectie Leefomgeving en Transport wordt in hoofdstuk 5 uitgebreid ingegaan.

³⁰ In hoofdstuk 5 zal nader worden aangegeven hoe dit zich (doelend op de hiërarchische ondergeschiktheid en de mogelijkheid om aanwijzingen te geven) verhoudt tot EU-regelgeving inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de infrastructuurbeheerder. Ook zal in dat hoofdstuk aandacht worden besteed aan de positie van de ILT.

agentschappen van IenM in een Service Level Agreement (SLA) neergelegd. Bij het omvormen van ProRail naar een agentschap geldt dat het huidige concessiestelsel komt te vervallen. Het vervallen van de concessie betekent overigens niet dat er een geheel nieuw sturingsarrangement ontstaat. De huidige manier van sturing (zoals nu is vastgelegd in de concessie) kan bijna geheel worden omgezet in een instellingsbesluit en in bestaande regelgeving. Een wijziging in de sturingsrelatie vanuit de opdrachtgever betreft de mogelijkheid om bij onderpresteren een direct opeisbare boete of last onder dwangsom aan ProRail op te leggen of de concessie in te trekken of niet te verlengen. Bij een agentschap (net als in de huidige situatie) is het wel mogelijk om een taakstelling of budgetkorting op te leggen bij het achterblijven van prestaties. Daarnaast verdwijnt de ultieme sanctie om de concessie in te trekken bij onderpresteren van ProRail, daartegenover staat het intrekken van de SLA overeenkomst.

4.3.2 Hybride vorm

Naast de twee hoofdrichtingen, zbo of agentschap, is er ook een 'tussenvariant' denkbaar: een combinatie van agentschap en zbo-bestuur waarbij de taken die onafhankelijkheid behoeven onder het zbo-bestuur vallen. Het betreft hier een hybride vorm waarbij sprake is van een zbo voor de taken die onafhankelijkheid behoeven (zie verder hoofdstuk 5) en van een agentschap voor de overige taken.

Voor de sturing en governance binnen het agentschapsdeel geldt hetgeen hiervoor is beschreven onder het kopje *agentschap* en voor het zbo-deel hetgeen hierna wordt beschreven onder het kopje *zbo met en zonder eigen rechtspersoonlijkheid*. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat er in dit model dus twee bestuursorganen zijn die besluiten nemen met betrekking tot de hoofdspoorweginfrastructuur: de minister van IenM en (voor zover het de capaciteitsverdeling, vaststelling en heffing van de gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanung betreft) het bestuur van het zbo. Aangezien ProRail mogelijk langs twee lijnen wordt aangestuurd ontstaat een diffusere en meer complexe governance- en sturingsrelatie hetgeen ook risico's met zich mee brengt voor een integrale afweging tussen de verschillende belangen die betrokken zijn bij het spoor in Nederland.

4.3.3 Zbo met en zonder eigen rechtspersoonlijkheid

Zoals in hoofdstuk 3 al is aangegeven zijn twee zbo-varianten denkbaar: het zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid en het zbo met eigen rechtspersoonlijkheid. In beide gevallen kan de interne organisatie van ProRail grotendeels ongewijzigd blijven met als voornaamste wijziging dat een zbo geen RvC kent. Indien aan het zbo geen eigen rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, is deze onderdeel van de rechtspersoon Staat der Nederlanden. Een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid is geen onderdeel van de Staat. De vraag of een zbo wel of geen rechtspersoonlijkheid heeft, is voor de hierna beschreven sturingsvraagstukken niet van belang zodat wordt gesproken over het zbo. De sturingsbevoegdheden worden in beide varianten namelijk uitgeoefend richting het zbo-bestuur.

De staatssecretaris krijgt een aantal bevoegdheden op grond van de Kaderwet zbo's. Daarnaast worden een aantal aanvullende aspecten in de instellingswetgeving en de onderliggende regelgeving nader uitgewerkt waardoor de staatssecretaris haar verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en de continuïteit van het functioneren van ProRail beter kan waarmaken. Het gaat o.a. over benoeming van het bestuur, stellen van regels over nevenfuncties, vaststelling van de bezoldiging van de directie, goedkeuring van de tarieven, bevoegdheid van de minister om inlichtingen te vragen, beleidsregels vast te stellen, besluiten vernietigen, voorzieningen te treffen, goedkeuring van de begroting en jaarrekening en een, vijfjarige evaluatie op doelmatigheid en doeltreffendheid. IenM kan beleidsregels vaststellen gericht op de taakuitvoering (artikel 21 Kaderwet zbo's).

Met de omvorming tot zbo komt het huidige concessiestelsel te vervallen. Dit betekent echter niet dat er een geheel nieuw sturingsarrangement ontstaat. De huidige manier van sturing (zoals nu is vastgelegd in de concessie) kan bijna geheel worden omgezet in wet- en regelgeving. Een wijziging in de sturingsrelatie vanuit de opdrachtgever betreft de mogelijkheid om bij onderpresteren een boete of last onder dwangsom aan ProRail op te leggen. Formeel gezien kan dit indien ProRail wordt vormgegeven als zbo ook Daarnaast verdwijnt de ultieme sanctie om de concessie in te trekken bij onderpresteren van ProRail. Daar staat tegenover dat via de taakverwaarlozingsbevoegdheid van de minister bij onderpresteren kan worden ingegrepen en dat als *ultimum remedium* bij wijziging van de instellingswet de wettelijke taak bij het zbo kan worden weggehaald en – net als bij intrekken van de concessie – bij een ander kan worden belegd.

Zbo's zijn, in tegenstelling tot een agentschap, niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister. Ze zijn geen onderdeel van een ministerie.³¹ Bij een zbo is sprake van twee rollen vanuit het ministerie richting het zbo: die van eigenaar en die van opdrachtgever. De exacte invulling van de diverse rollen binnen IenM ten aanzien van ProRail is verder maatwerk.³² Dit zal gelijksoortig als bij een agentschap gebeuren (met de aansturingsmogelijkheden van een zbo)

³¹ Onder het ministerie van IenM ressorteren reeds een aantal zbo's zoals het Kadaster, de RDW, het Centraal bureau rijvaardigheidsbewijzen en Luchtverkeersleiding Nederland.

³² Hierbij zal rekening worden gehouden met de circulaire Governance bij ZBO's, Kamerstuk II, 25268, nr. 83.

Hoofdstuk 5 Juridische aspecten

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk schetst de juridische kaders, met name vanuit de Europese spoorregelgeving, die relevant zijn voor de keuze tussen de diverse publiekrechtelijke organisatievormen. Als vertrekpunt is daarbij gekeken naar het Europese spoorrecht zoals dat komt te luiden na inwerkingtreding van het zogenoemde Vierde Spoorwegpakket. Het Europese juridische kader bestaat uit twee onderdelen: de marktpijler en de technische (veiligheids) pijler. Uit deze onderdelen volgen eisen aan de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder ProRail ten opzichte van het ministerie, de vervoerders en de nationale veiligheidsinstantie. Deze onafhankelijkheidseisen zijn richtinggevend bij de keuze voor de publiekrechtelijke vorm van ProRail.

Het hoofdstuk start met het huidige juridische kader (paragraaf 5.2). Daarna volgt een analyse van de Europese eisen uit de marktpijler aan de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder (paragraaf 5.3) en de Europese eisen uit de technische pijler aan de onafhankelijkheid van de nationale veiligheidsinstantie ten opzichte van ProRail (paragraaf 5.4). Tot slot wordt ingegaan op het privaatrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk vormgeven van de capaciteitsverdeling en gebruiksvergoeding (paragraaf 5.5).

Voor wat betreft de gevolgen voor de rechtspositie van het personeel wordt verwezen naar hoofdstuk 7. In hoofdstuk 8 wordt ook ingegaan op enkele juridische gevolgen van de transitie, onder andere door overgang van overeenkomsten.

Van diverse onderwerpen, zoals de Wet openbaarheid van bestuur, het toepasselijke aanbestedingsrecht en strafrechtelijke aansprakelijkheid, is geoordeeld dat die tussen de verschillende publiekrechtelijke vormen geen onderscheid opleveren dat relevant voor de keuze van een model is. Die juridische aspecten komen daarmee in dit hoofdstuk niet aan bod.

5.2 Huidig juridisch kader

In aanvulling op hoofdstuk 2 kan nog het volgende worden gemeld over het huidige juridische kader. De Spoorwegwet en delen van de Wet personenvervoer 2000 reguleren in de basis het spoor. De huidige Spoorwegwet geldt sinds 1 januari 2005 en ziet op tal van onderwerpen, waaronder aanleg en beheer, eisen aan de infrastructuurbeheerder, eisen ten aanzien van veiligheid en interoperabiliteit (zoals tussen infrastructuur en materieel, ook over de landsgrenzen heen) en regulering van capaciteitsverdeling en vergoedingen. Het personenvervoer per trein, waaronder manieren van gunning van openbaar vervoerconcessies en concessieverplichtingen, is in de Wet personenvervoer 2000 geregeld.

Voornoemde wetgeving bevat de implementatie van de relevante Europese regelgeving³³. De relatie tussen de infrastructuurbeheerders en spoorwegondernemingen is gelijkwaardig en is nu privaatrechtelijk vormgegeven. De wetgeving bevat allerlei publiekrechtelijke regels, zoals vergunningplichten, technische eisen en verkeersregels op het spoor. In de wetgeving zijn ook de toezichthouders op grond van de Europese spoorregelgeving gereguleerd. Het gaat in dit verband om de taken en bevoegdheden van de nationale veiligheidsinstantie (met name ILT ten aanzien van veiligheid en interoperabiliteit) en de ACM ten aanzien van non-discriminatoire capaciteitsverdeling en vergoedingen. Niet alle taken en bevoegdheden van de beheerder staan in de Spoorwegwet. In andere wetten (o.m. de Wet milieubeheer en Telecommunicatiewet) en lagere

³³ Dit geldt uiteraard nog niet voor het Vierde Spoorwegpakket, waarvan de implementatie of uitvoeringstermijnen nog niet zijn verstreken. De implementatie van de diverse (soms nog niet gepubliceerde) richtlijnen en verordeningen is in voorbereiding.

regelgeving worden eisen aan de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur gesteld of taken en bevoegdheden geregeld.

De uitvoering door ProRail van aanleg- en beheertaken wordt o.a. ingekaderd door deze wetgeving en de Europese regelgeving. Daarnaast geldt het COTIF-Verdrag³⁴ met afspraken over internationaal vervoer per spoor (door Nederland en EU geratificeerd).

5.3 Onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder

5.3.1 Europese eisen t.a.v. onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder (richtlijn 2012/34/EU)

De marktpijler van het Europese spoorwegrecht stelt eisen aan de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder (Richtlijn 2012/34/EU³⁵) ten opzichte van de Staat en spoorwegondernemingen. Met het Vierde Spoorwegpakket³⁶ worden deze aangepast. De relevante (soms nieuwe) eisen zijn de volgende:

- a. De infrastructuurbeheerder is verantwoordelijk voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle, waarbij het door de lidstaat opgestelde heffings- en toewijzingskader in acht moet worden genomen;
- b. Uitgangspunt is dat de infrastructuurbeheerder juridisch gescheiden moet zijn van welke spoorwegonderneming dan ook³⁷;
- c. Wat betreft de essentiële functies (capaciteitsverdeling en vaststellen gebruiksvergoeding³⁸) is de infrastructuurbeheerder onafhankelijk qua organisatie en besluitvorming, waarbij het door de lidstaat opgestelde heffings- en toewijzingskader in acht moet worden genomen. Dit betekent dat spoorwegondernemingen of andere rechtspersonen, waaronder de Staat, geen beslissende invloed uitoefenen op de infrastructuurbeheerder en dat de mobiliteit van personen die belast zijn met essentiële functies niet tot belangenconflicten mag leiden;
- d. Naast voornoemde vereisten aan onafhankelijkheid wordt onpartijdigheid vereist bij de functies verkeersbeheer en onderhoudsplanning. Deze functies moeten op transparante en niet-discriminerende wijze worden uitgeoefend en de personen die belast zijn met het nemen van beslissingen over deze functies mogen niet door een belangenconflict worden beïnvloed.

In de volgende paragrafen worden deze vereisten getoetst bij de verschillende modellen voor ordening, zoals eerder beschreven in hoofdstuk 3.

De Europese Commissie (EC) zal de publiekrechtelijke positionering van ProRail toetsen aan de Europese juridische kaders. Dit zal de EC niet alleen beoordelen aan de hand van de in de Nederlandse wetgeving opgenomen regeling van onafhankelijkheid, maar deze uiteindelijk ook materieel toetsen. Bij een informele ambtelijke consultatie heeft de EC er nadrukkelijk op gewezen dat de infrastructuurbeheerder onafhankelijk van de minister moet kunnen opereren. Als de keuze voor de toekomstige rechtsvorm van ProRail is gemaakt, zal bij de nadere uitwerking van de wijziging van de Spoorwegwet nader overleg met de EC plaatsvinden.

³⁴ Verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer, Bern, 9 mei 1980.

³⁵ Richtlijn 2012/34/EU inzake de instelling van één Europese spoorwegruimte, zoals deze zal worden aangepast door een wijzigingsrichtlijn in het Vierde Spoorwegpakket (informeel akkoord).

³⁶ Zie voetnoot hiervoor.

³⁷ Op basis van de te wijzigen richtlijn 2012/34/EU dient de infrastructuurbeheerder in ieder geval juridisch gescheiden te zijn van de spooronderneming wat betreft de essentiële functies (artikel 7 lid 2 en 7a lid 3).

³⁸ In het spraakgebruik wordt 'gebruiksvergoeding' gehanteerd. In dit hoofdstuk wordt daarmee bedoeld de 'vergoeding minimum toegangspakket' en waar relevant de zogenoemde 'mark-ups' betrokken.

5.3.2 Eis a: verantwoordelijkheid voor eigen beheer, bestuur en interne controle

Artikel 4, tweede lid, van richtlijn 2012/34/EU vereist dat de infrastructuurbeheerder³⁹ verantwoordelijk is voor eigen beheer (*management*), bestuur (*administration*) en interne controle (*internal control*).

De exacte reikwijdte van deze bepaling is onduidelijk en blijkt ook onvoldoende uit de Europese wetsgeschiedenis. Wel is duidelijk dat dit ook de relatie met de Staat/het ministerie treft. De titel van artikel 4 is bestuurlijke (en in eerdere vertalingen ook 'beheersmatige') onafhankelijkheid, maar de tekst van de bepaling zelf spreekt daar niet over.

Jurisprudentie geeft wel enig inzicht hoever de kaderregeling (waarnaar in artikel 4, tweede lid, wordt verwezen) inzake de gebruiksvergoeding mag gaan⁴⁰. De beheerder moet een zekere speelruimte behouden bij de vaststelling van het bedrag van de gebruiksrechten om het gebruik van de infrastructuur te kunnen optimaliseren binnen het door de lidstaten vastgestelde kader.

Afgaande op het artikellid reikt de verantwoordelijkheid voor eigen beheer, bestuur en interne controle niet verder dan dat de infrastructuurbeheerder zelfstandig beslissingen moet kunnen nemen over de taken en de invulling van zijn bevoegdheden, de inrichting van zijn organisatie, en dat hij moet kunnen beschikken over eigen budget en daarover verantwoording aflegt. Uit de bepaling blijkt niet dat geen sprake mag zijn van enige beleidsmatige sturing, waarbij die ten aanzien van de essentiële functies begrensd is door voornoemde kaderregeling.

Agentschap

Bij een agentschap is sprake van een eigen dagelijkse aansturing, een eigen financieel mandaat (inclusief eigen begroting, jaarrekening met saldo van baten en lasten⁴¹, en verantwoording) (zie ook hoofdstuk 6) en een eigen mandaat ten aanzien van personeel. Bij agentschappen kan via de hiërarchische lijn worden gestuurd. Er is sprake van ondergeschiktheid en medewerkers moeten (eventuele) aanwijzingen van de minister opvolgen (zie verder hoofdstuk 4).

De taken van de infrastructuurbeheerder bestaan in de praktijk uit aanleg⁴² en beheer (onderhoud, capaciteitsverdeling en verkeersleiding) van de spoorweginfrastructuur. Ten aanzien van deze taken kan worden voldaan aan de vereiste dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk is voor eigen beheer, bestuur en interne controle. Overwogen kan worden hiervoor wel een waarborg in te bouwen door aanwijzingen op transparante wijze te geven, namelijk te publiceren in de Staatscourant en toe te zenden aan de Tweede Kamer. Hiermee kan ook schijn van partijdigheid worden tegengegaan.

Voor wat betreft essentiële functies en onpartijdig uit te voeren functies moeten nog extra waarborgen worden ingebouwd. Zie daarvoor paragraaf 5.3.4 en 5.3.5.

³⁹ Vanuit de definitie van het begrip 'infrastructuurbeheerder' staat in ieder geval vast dat de infrastructuurbeheerder ook als publiekrechtelijke entiteit mag worden vormgegeven.

⁴⁰ Arrest van het Hof (1e kamer), 3 oktober 2013 CIE/ITA, ECLI:EU:C:2013: 636 .

⁴¹ Een publieke variant van de – ook vanuit Europa vereiste – winst- en verliesrekening.

⁴² Aanleg is in de Spoorwegwet een taak van de minister, maar wordt merendeels wel door de minister aan ProRail opgedragen. Richtlijn 2012/34/EU gaat over de infrastructuurbeheerder en diens taken. Aanleg is daar niet volledig aangemerkt als taak van de infrastructuurbeheerder. De definitie van infrastructuurbeheerder zal komen te luiden: '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' (artikel 3 onder 2). Onder vernieuwing wordt in de nieuwe teksten verstaan: 'grote vervangingswerkzaamheden aan de bestaande infrastructuur die geen verander van de algemene prestaties ervan inhouden.

Hybride vorm

Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, kenmerkt de hybride vorm zich door een agentschap dat voor een deel onder een zbo-bestuur ressorteert. De taken aanleg en onderhoud worden uitgevoerd in een agentschap dat onder leiding staat van een directeur of een directeur-generaal. Tevens wordt door dit agentschap de capaciteitsverdeling, vaststelling en heffing gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning uitgevoerd. Omdat dit de taken zijn die onafhankelijkheid en onpartijdigheid behoeven, worden deze taken niet onder leiding van de directeur of directeur-generaal van het agentschap uitgevoerd maar onder het gezag van een bestuur dat als zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid wordt vormgegeven.

Voor de taken aanleg en onderhoud in deze vorm geldt de beoordeling voor het zuivere agentschapsmodel en de daar voorgestelde waarborg kan hier ook overwogen worden. Ten aanzien van het zbo-deel geldt hetzelfde als bij het agentschapsdeel. Het gaat hier om een zbo zonder rechtspersoonlijkheid, waarbij het apparaat agentschap is. Voor wat betreft essentiële functies en onpartijdig uit te voeren functies moeten nog extra waarborgen worden ingebouwd. Zie daarvoor paragraaf 5.3.4 en 5.3.5.

Zbo zonder rechtspersoonlijkheid

Een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid is niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister. Het apparaat is agentschap (zie beschrijving model hoofdstuk 3). Het personeel van het zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid is werkzaam ten behoeve van het zbo-bestuur en staat onder het gezag van het zbo en legt over zijn werkzaamheden uitsluitend daaraan verantwoording af. Het personeel kan dan ook niet door de minister ter verantwoording worden geroepen. Zaken als aanstelling, ontslag en bevordering blijven wel bevoegdheid van de minister en worden gemandateerd aan de directeur of directeur-generaal van het agentschap. Voor wat betreft de beoordeling van eigen beheer en interne controle volgt deze vorm de beoordeling bij het zuiver agentschapsmodel. Het vereiste kenmerk 'eigen bestuur' is in deze vorm naar zijn aard geborgd.

Zie voor wat betreft essentiële functies en onpartijdig uit te voeren functies paragraaf 5.3.4 en 5.3.5.

Zbo met rechtspersoonlijkheid

Ook een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid is niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister. Door de eigen rechtspersoonlijkheid is de verantwoordelijkheid voor het eigen beheer, bestuur en interne controle het beste geborgd.

5.3.3 Eis b: Infrastructuurbeheerder gescheiden van spoorwegonderneming

Ten aanzien van de eis onder b is er geen onderscheid tussen de modellen. De infrastructuurbeheerder moet juridisch van de spoorwegonderneming gescheiden zijn. Het staat lidstaten vrij om te kiezen hoe zij daar invulling aan geven. Dat kan bijvoorbeeld door een volledig structurele scheiding tussen de infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen (zoals nu het geval is met ProRail en de spoorwegondernemingen). Ook is één onderneming toelaatbaar waarbij sprake is van verticale integratie (in dat geval is wel een scheiding van alle andere rechtspersonen binnen die onderneming noodzakelijk). Bij een publiekrechtelijke positionering van ProRail blijven de spoorwegondernemingen volledig structureel van de infrastructuurbeheerder gescheiden entiteiten. Dit laat onverlet dat ProRail nu en in de toekomst kan en moet samenwerken met spoorwegondernemingen.

5.3.4 Eis c: Essentiële functies

Belangrijk is een onafhankelijke positionering van de infrastructuurbeheerder bij de uitoefening van de essentiële functies. Tot deze functies worden ook ad hoc capaciteitsverdeling⁴³ en onderhoudsplanning⁴⁴ gerekend.

Met het oog daarop dient de infrastructuurbeheerder niet alleen verantwoordelijk te zijn voor eigen beheer, bestuur en interne controle zoals hiervoor beschreven, maar ook onafhankelijk te zijn qua organisatie en besluitvorming. Dat betekent de facto dat de Staat ook hier geen beslissende invloed mag uitoefenen op de besluitvorming over de capaciteitsverdeling (toewijzing van treinpaden) en over de vaststelling van de gebruiksvergoeding. De lidstaat blijft wel verplicht tot het vaststellen van een heffings- en capaciteitstoewijzingskader inclusief de vaststelling van specifieke regels daarbij. De beheerder moet wel een zekere speelruimte behouden bij de vaststelling van het bedrag van de gebruiksrechten om het gebruik van de infrastructuur te kunnen optimaliseren binnen het door de lidstaten vastgestelde kader.

Volgens de nieuw voorgestelde tekst van richtlijn 2012/34/EU mag mobiliteit van personen die belast zijn met essentiële functies niet tot belangenconflicten leiden. Bij de implementatie van het Vierde Spoorwegpakket in de nationale wetgeving zal naar een passend instrumentarium gezocht worden om deze bepaling om te zetten.

Agentschap

Zoals hiervoor omschreven kan bij agentschappen via de hiërarchische lijn worden gestuurd. Er is sprake van ondergeschiktheid en medewerkers moeten (eventuele) aanwijzingen van de minister opvolgen. Deze aanwijzingsbevoegdheid verdraagt zich niet met de eis dat ook de Staat geen beslissende invloed op deze functies mag uitoefenen. De vormgeving van ProRail als agentschap garandeert daarmee zonder nadere maatregelen onvoldoende de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder ten opzichte van de minister.

Om de onafhankelijkheid bij essentiële functies te borgen zal de minister van IenM aan ProRail geen algemene of bijzondere aanwijzingen ten aanzien van essentiële functies mogen geven. Dit zou met een *verbod* hierop in regelgeving kunnen worden geborgd.

In dat geval worden dus ook in het agentschapsmodel de sturingsmogelijkheden van de staatssecretaris beperkt. Omdat de staatssecretaris echter ook dan nog 100% verantwoordelijk is voor de taakuitvoering van ProRail is het de vraag of dit een voldoende waarborg is volgens de Europese Commissie. Ook leidt dit tot de situatie dat de staatssecretaris wel 100% verantwoordelijk is maar niet 100% bevoegd.

Opgemerkt wordt dat NV NS ook een staatsdeelneming is waarvan de Staat (het ministerie van Financiën) de aandeelhouder is. De vervoerconcessie voor het hoofdrailnet is door de minister van IenM aan de NV NS verleend. Bij agentschapsvorming zal aandacht moeten zijn voor de scheiding van de rollen van de Staat als concessieverlener aan NS en als aandeelhouder van vervoerder NS en de rol van ProRail als onafhankelijk uitvoerder van de essentiële functies en onpartijdige verkeersleider en onderhoudsplanner.

Bij de borging van onafhankelijkheid vraagt de relatie met de ACM aandacht. De ACM is een zbo ressorterend onder het ministerie van Economische Zaken. Op dit moment kan de minister van

⁴³ Ad hoc capaciteitsverdeling behoort in Nederland tot de taak verkeersleiding.

⁴⁴ In tegenstelling tot ons omringende landen wordt de capaciteit voor onderhoudsplanning via het reguliere capaciteitsverdelingsproces verdeeld en niet bij voorrang van de te verdelen capaciteit op voorhand gescheiden (zgn. netto-capaciteit die in andere landen wordt verdeeld).

IenM, in overeenstemming met het ministerie van EZ, beleidsregels vaststellen ter interpretatie van mededingingsbegrippen die de ACM hanteert bij de uitoefening van haar bevoegdheden⁴⁵. Bij positionering van ProRail als agentschap geldt dat een grotere beslisbevoegdheid van de minister van IenM ten aanzien van ProRail, op gespannen voet kan staan met voornoemde bevoegdheid tot vaststelling van beleidsregels. Dit is een aandachtspunt bij een eventuele verdere uitwerking van dit model.

Hybride vorm

In de hybride vorm worden de vanuit het Europese recht onafhankelijk te positioneren essentiële functies belegd bij medewerkers die verantwoording afleggen aan een zbo-bestuur. Zie voor de specifieke kenmerken van deze vorm hoofdstuk 3.

Ten opzichte van het zuivere agentschapsmodel heeft het hybride model als voordeel dat de essentiële functies zichtbaar gescheiden en onafhankelijk kunnen worden uitgevoerd van de overige taken, zonder dat hiervoor aanvullende waarborgen hoeven worden getroffen. Immers dat deel van het agentschap dat verantwoording aflegt aan het zbo-bestuur is niet hiërarchisch ondergeschikt aan de minister en kan geen aanwijzingen krijgen. Zie hierna de paragraaf over zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid over de relatie met de Kaderwet zbo's.

Voor wat betreft de Europese wetgeving ten aanzien van eis c geldt ook dat de mobiliteit van medewerkers die werkzaam zijn ten behoeve van het zbo-bestuur niet tot belangenconflicten mag leiden. Eerder is aangegeven dat zaken als aanstelling, ontslag en bevordering wel de bevoegdheid blijven van de minister, namens deze door de directeur of directeur-generaal van het agentschap, en dus niet in handen zijn van het zbo-bestuur. Dit vraagt aandacht bij de uitwerking van de hybride vorm.

Zbo zonder rechtspersoonlijkheid

Deze vormgeving van ProRail borgt de vereiste onafhankelijkheid van ProRail ten opzichte van de minister.

Een aandachtspunt ten aanzien van de essentiële functies is dat de minister zich moet beperken, zoals dat nu ook het geval is, tot de ruimte die er voor lidstaten is voor de vaststelling van kaders en specifieke regels ten aanzien van capaciteitsverdeling en heffingen. Dit kan betekenen dat de bevoegdheid van de minister tot het stellen van beleidsregels gericht op de taakuitvoering, in de instellingswetgeving wordt beperkt.

Daarnaast is het de vraag of de gebruiksvergoeding (vergoeding minimum toegangspakket en/of de mark-ups daarbij) als tarief in de zin van de Kaderwet zbo's kan worden gekwalificeerd. Als dat zo is, zal geen sprake kunnen zijn van goedkeuring van de tarieven zoals in die wet voorgeschreven, omdat het Europese recht bepaalt dat de uiteindelijke vaststelling van de gebruiksvergoeding als bevoegdheid aan de infrastructuurbeheerder toekomt. Hierdoor moet mogelijkserwijs in de instellingswet een bepaling van de Kaderwet zbo's buiten toepassing worden verklaard, indien blijkt dat de uitzonderingen binnen die wet (o.a. dat goedkeuring niet is vereist indien het zbo gebonden is aan een maximumbedrag voor het tarief) niet van toepassing zouden zijn. Dit vraagt nadere uitwerking.

Zbo met rechtspersoonlijkheid

Ten aanzien van eis c geldt voor dit model hetzelfde als bij het zbo zonder rechtspersoonlijkheid.

⁴⁵ Artikel 74 Spoorwegwet en artikel 16 Wp2000

5.3.5 Eis d: Onpartijdig verkeersbeheer en onderhoudsplanning

In alle modellen geldt dat verkeersbeheer en onderhoudsplanning onpartijdig moeten worden uitgevoerd. Bij de implementatie in de nationale wetgeving van het Vierde Spoorwegpakket moet worden geborgd dat personen belast met het nemen van beslissingen ten aanzien van verkeersbeheer en onderhoudsplanning, niet door een belangenconflict worden beïnvloed. Ter zake moet een passend instrumentarium worden gezocht.

5.4 Onafhankelijkheid nationale veiligheidsinstantie

5.4.1 Welke eisen stelt het technische pijler deel van het Europese recht aan de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail?

De veiligheidsrichtlijn⁴⁶ vereist een onafhankelijke "nationale veiligheidsinstantie" in iedere lidstaat. De instantie moet op grond van die richtlijn wat betreft organisatie, wettelijke structuur (ook: rechtsvorm) en besluitvorming onafhankelijk zijn van onder meer de infrastructuurbeheerder. Doel van deze onafhankelijkheidseis is de veiligheid op het spoor te borgen. Blijkens de definitie van het begrip 'infrastructuurbeheerder' wordt geen enkele positionering expliciet uitgesloten of aangeraden.

In Nederland is de ILT belast met het merendeel van de taken van de nationale veiligheidsinstantie⁴⁷. De ILT ressorteert onder de minister van IenM⁴⁸ en is onder meer belast met vergunningverlening en toezicht op ProRail, de spoorwegondernemingen en de met onderhoud belaste entiteiten⁴⁹. Waarborgen voor een onafhankelijke oordeelsvorming van de ILT zijn opgenomen in de Aanwijzingen inzake de rijksinspecties⁵⁰. Aan de ILT is de ruimte gegeven om zelf, op basis van zijn werkprogramma en zijn professionele deskundigheid, informatie te verzamelen, daarover een oordeel te vormen en daarover te rapporteren.

Het belang van onafhankelijkheid van de veiligheidsinstantie ten opzichte van de infrastructuurbeheerder is gelegen in het streven de Europees bepaalde rollen en verantwoordelijkheden van verschillende partijen binnen het spoorwegsysteem duidelijk te scheiden in het belang van spoorveiligheid. Dit geldt in deze paragraaf met name voor onderwerpen waar de infrastructuurbeheerder en nationale veiligheidsinstantie direct met elkaar te maken krijgen. Dat betreft expliciet de volgende taken van de ILT:

- verlening van een vergunning inzake de indienststelling van infrastructuur;
- verlening veiligheidsvergunning voor infrastructuurbeheerders (veiligheidsmanagementsysteem);

⁴⁶ Richtlijn 2004/49/EG inzake de veiligheid op de communautaire spoorwegen en tot wijziging van Richtlijn 95/18/EG van de Raad betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen, en van Richtlijn 2001/14/EG van de Raad inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering (PbEU 2004, L 64). Deze richtlijn wordt met het Vierde Spoorpakket vervangen door Richtlijn (EU) 2016/798 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 inzake veiligheid op het spoor (herschikking) (PbEU 2016, L 138).

⁴⁷ De taken en bevoegdheden van de nationale veiligheidsinstantie zijn formeel toegekend aan Onze Minister en zijn door mandaat feitelijk verdeeld tussen het Directoraat-Generaal Bereikbaarheid (DGB) en de ILT. DGB is als dienstonderdeel verantwoordelijk voor het monitoren, promoten en ontwikkelen van veiligheidsregelgeving. De ILT is verantwoordelijk voor alle andere taken die de Spoorwegveiligheidsrichtlijn oplegt aan nationale veiligheidsinstantie.

⁴⁸ Hoewel de richtlijn daarmee verplicht tot een vergaande onafhankelijkheid van de nationale veiligheidsinstantie, laat de richtlijn expliciet ruimte voor de mogelijkheid dat de nationale veiligheidsinstantie een binnen het voor transport bevoegde ministerie vallende afdeling kan zijn, mits de onafhankelijkheid gewaarborgd is (artikel 16, eerste lid, van richtlijn (EU) 2016/798).

⁴⁹ Artikel 4, vierde lid, nieuwe Spoorwegveiligheidsrichtlijn.

⁵⁰ De Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken van 30 september 2015, nr. 3151041, houdende de vaststelling van de Aanwijzingen inzake de rijksinspecties (Stcrt. 2015, nr. 33574). Zie ook de toelichting bij deze regeling.

- toezicht en handhaving.

5.4.2 Hoe is de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail gewaarborgd als ProRail een agentschap wordt?

In het geval ProRail een agentschap wordt, betekent dit dat de minister (ILT) formeel aan zichzelf (ProRail) diverse vergunningen verleent, op de uitvoering toezicht houdt en dat in het kader van de handhaving de ILT aan ProRail een maatregel kan opleggen, terwijl beide organisaties onder ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van IenM opereren. Het stelsel van het Nederlandse bestuursrecht maakt dat juridisch mogelijk, maar het garandeert vanuit de optiek van het Europese recht wellicht niet volledig de vereiste onafhankelijkheid. Immers dan zijn zowel ProRail als de ILT hiërarchisch ondergeschikt aan de minister van IenM. Dit aspect vereist nadere verdieping.

De veiligheidsrichtlijn vereist zoals gezegd dat de nationale veiligheidsinstantie wat betreft organisatie, wettelijke structuur (rechtsvorm) en besluitvorming onafhankelijk moet zijn van o.m. de infrastructuurbeheerder. Dat maakt dat als ervoor gekozen wordt om van ProRail een agentschap te maken, uitdrukkelijke waarborgen moeten worden ingebouwd om de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail te garanderen. De taken en bevoegdheden van elk van beide agentschappen zullen in ieder geval in regelgeving geëxpliciteerd moeten worden. Een aandachtspunt hierbij is dat de ILT als nationale veiligheidsinstantie haar taken onverkort moet kunnen uitvoeren. Dat kan alleen maar als de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van de minister in vergaande mate (organisatorisch en wettelijk) is gewaarborgd. Daarbij is te denken aan het brengen van het deel van de ILT dat zich bezig houdt met het spoordomein (vergunningverlening, toezicht, handhaving) elders in de Rijksdienst of het omvormen van dit deel tot een zbo. In beide gevallen zou het gaan om ingrepen in de organisatie van de ILT. Het levert diverse vragen op, o.a. welke taken van ILT precies tot het spoordomein behoren en moeten worden afgesplitst van de ILT en wat dit betekent voor de samenhang met het toezicht in de andere domeinen van de ILT.

De Aanwijzingen van de minister-president inzake de rijksinspecties van 2015 bevatten overigens al enkele waarborgen voor het geven van aanwijzingen aan de ILT (aanwijzing 14). Een beleidsinhoudelijke verantwoordelijke minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven aan een rijksinspectie. Dit gebeurt schriftelijk. Algemene aanwijzingen worden in de Staatscourant geplaatst en bijzondere aanwijzingen worden onverwijld aan de Tweede Kamer gezonden door de minister. Deze mogen niet zo ver gaan dat ze een inbreuk maken op hun onafhankelijke oordeelsvorming.

Het is de vraag of deze waarborg voldoende wordt gekwalificeerd wanneer ProRail een agentschap zou worden. Bij eerdergenoemde informele ambtelijke consultatie heeft de EC er namelijk expliciet op gewezen dat de nationale veiligheidsinstantie onafhankelijk van de infrastructuurbeheerder moet kunnen opereren. De ambtelijke dienst van de EC zet nadrukkelijk vraagtekens bij de mogelijkheden om dat te realiseren in het geval beide als agentschap onder de directe verantwoordelijkheid van dezelfde minister vallen. Bij de bestaande aanwijzing 14 inzake de rijksinspecties is het nog onduidelijk of dit zelfstandig voldoende waarborgen biedt, of dat een verbod op aanwijzingen – in afwijking van de rijksregeling – (minimaal) nodig is. Het Europese recht vraagt om voldoende afstand, zodat wordt gewaarborgd dat de nationale veiligheidsinstantie zijn toezichtstaken onafhankelijk kan uitoefenen. Bij de hierboven genoemde waarborgen (spoorse taken naar een andere plaats in de Rijksdienst of in de vorm van een aparte zbo) kan de onafhankelijkheid tussen de nationale veiligheidsinstantie en de infrastructuurbeheerder waarschijnlijk wel worden gegarandeerd. Een verdere diepgaande analyse van mogelijke waarborgen zal, in nader gesprek met de EC, noodzakelijk zijn.

5.4.3 Hoe is de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail gewaarborgd als ProRail een hybride vorm krijgt?

Voor wat betreft dit model geldt hetzelfde als bij het zuivere agentschapsmodel. De taken die in de hybride vorm in het agentschapsdeel worden ondergebracht zijn immers met name waar de nationale veiligheidsinstantie onafhankelijk toezicht op moet houden (aanleg en onderhoud).

Een vraag bij deze hybride vorm is of met één veiligheidsmanagementsysteem en één veiligheidsvergunning kan worden volstaan of dat ieder organisatieonderdeel een veiligheidsvergunning moet aanvragen. Dit betekent in de praktijk mogelijk een dubbel risicomanagementsysteem, dat in de praktijk diffuus kan uitwerken.

5.4.4 Hoe is de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail gewaarborgd als ProRail een zbo zonder rechtspersoonlijkheid wordt?

Voor wat betreft dit model geldt hetzelfde als bij het zbo met rechtspersoonlijkheid.

5.4.5 Hoe is de onafhankelijkheid van de ILT ten opzichte van ProRail gewaarborgd als ProRail een zbo met rechtspersoonlijkheid wordt?

Een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid ressorteert onder de minister en is net als een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid daaraan niet hiërarchisch ondergeschikt. Deze vormgeving bewerkstelligt in voldoende mate de onafhankelijkheid van de nationale veiligheidsinstantie ten opzichte van ProRail. Dat betreft zowel de onafhankelijkheid qua organisatie, wettelijke structuur (rechtsvorm) als besluitvorming. Ook hier geldt dat de ILT als nationale veiligheidsinstantie haar taken moet kunnen uitvoeren.

5.5 Mogelijkheid bestuurs- of privaatrechtelijk transactiemodel

Een spoorwegonderneming kan, onder voorwaarden, met treinen het spoor op als de infrastructuurbeheerder toegang heeft verleend. Deze daadwerkelijke verdeling van capaciteit is op dit moment geregeld via het privaatrecht. Dit betekent dat er twee partijen zijn, ProRail en een spoorwegonderneming, die samen een toegangsovereenkomst sluiten. In die toegangsovereenkomst worden verschillende afspraken vastgelegd ('verplichte' elementen vanuit richtlijn 2012/34/EU en vrijwillige elementen). De belangrijkste afspraken gaan over het gebruik van het spoor. Bijvoorbeeld op welk deel van het spoornetwerk er gereden kan worden (treinpaden), de diensten die van ProRail worden afgenomen en de vergoeding die de vervoerder moet betalen voor de dienstverlening van ProRail.

Vanuit de optiek van de publiekrechtelijke positionering van ProRail en daarmee ook vanuit het vraagstuk omtrent openbaar gezag (zie hoofdstuk 3) kan de vraag worden gesteld of dit private systeem van toegangsovereenkomsten veranderd moet worden naar een bestuursrechtelijk systeem met toegangsbeschikkingen. Vanuit het Europese recht is dit niet verplicht, maar dit kan wel. Het Europees recht laat de mogelijkheid open om te kiezen voor een publieke of private invulling van de toegangsovereenkomst wat ook de rechtsvorm van ProRail als organisatie is. In hoofdstuk 3 is echter naar voren gekomen dat in twee van de in dit rapport onderzochte rechtsvormen namelijk de hybride vorm en het zbo zonder rechtspersoonlijkheid openbaar gezag vereist is en dat overgang op een bestuursrechtelijk transactiemodel aannemelijk is, zodat sprake is van een bestuursorgaan bekleed met openbaar gezag, ook in de zin van de Kaderwet zbo's.

Ook een (eventuele) bestuursrechtelijke invulling zal gepaard gaan met rechtsbescherming (bezwaar en beroep)⁵¹, waarin net als nu een rol weggelegd zal zijn voor de ACM. Dit stelsel vraagt nadere uitwerking en zal uiteindelijk leiden tot nieuwe jurisprudentie. Die bestuursrechtelijke invulling van het transactiemodel zal dan overigens afwijken van het merendeel van de Europese landen. In de meeste lidstaten heeft de infrastructuurbeheerder een privaatrechtelijke rechtsvorm en worden privaatrechtelijk toegangsovereenkomsten gehanteerd.

In het verlengde hiervan wordt gewezen op Europese verordening⁵² over corridors voor internationaal spoorgoederenvervoer. Per corridor is een "one stop shop" (C-OSS) ingericht voor het aanvragen door goederenvervoerders van internationale treinpaden door alle landen van de corridor. Een beheersraad, samengesteld uit de infrastructuurbeheerders, is verantwoordelijk voor deze "one stop shop". Deze verordening staat deelname van een publiekrechtelijk ProRail aan bovengenoemde samenwerking niet in de weg.

Dit raakt ook aan de vergaande samenwerking tussen alle infrastructuurbeheerders, die vorm heeft gekregen in 'RailNet Europe' (RNE). In de RNE zijn geharmoniseerde algemene voorwaarden bij de toegangsovereenkomsten tot stand gekomen en is voorzien in een eenvormige privaatrechtelijke opzet van de netverklaring. ProRail hanteert zowel voor het binnenlands vervoer als voor het internationaal vervoer deze algemene voorwaarden en de opzet van de netverklaring. Bij een eventuele publiekrechtelijke beschikking zal moeten worden gezien of binnen die eenvormige opzet gebleven kan worden.

In de praktijk is overigens, naast de onderwerpen die in de toegangsovereenkomst geregeld moeten worden (capaciteitsverdeling en gebruiksvergoeding), meer in de toegangsovereenkomst opgenomen. Ook voor die niet-verplichte elementen is nagegaan of vormgeving via een bestuursrechtelijke beschikking mogelijk is. De conclusie daarover is dat een publiekrechtelijke vormgeving niet mogelijk is voor de toegang tot dienstvoorzieningen en aanvullende en ondersteunende diensten zoals wasstraten voor treinen, omdat het een markttaak in concurrentie betreft die naar zijn aard niet past in een bestuursrechtelijke beschikking. De conclusie is dat beide voornoemde vormgevingen mogelijk zijn ten aanzien van de internationale aansprakelijkheidsregelingen zoals die in het COTIF-verdrag (bijlage E van het verdrag, zogenoemde CUI) zijn geregeld. Hantering van het privaatrecht ligt hier wel voor de hand.

⁵¹ Een publiekrechtelijke invulling zal gepaard gaan met rechtsbescherming (bezwaar en beroep), waarin ook een rol is weggelegd voor de ACM. In geval van een agentschap kan bij een klacht van vervoerder bij ACM dit uiteindelijk tot gevolg hebben dat het bestuursorgaan ACM de minister van IenM (als bestuursorgaan bij een publiekrechtelijk transactiestelsel) of de Staat (bij een privaatrechtelijk transactiestelsel) voor de rechter kan dagen en – in het uiterste geval – een boete kan opleggen. Vanuit interbestuurlijke verhoudingen is dat ongewenst, maar vanuit Europees recht wel noodzakelijk.

⁵² Verordening (EU) 913/210.

Hoofdstuk 6 Financiële functie en aansturing

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de gevolgen voor de financiële functie en - aansturing van ProRail bij een mogelijke transitie naar een agentschap, een zbo of een hybride vorm. In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste aanpassingen nader worden toegelicht en het effect op de financiële functie en aansturing worden beschreven.

Daarnaast wordt specifiek aandacht besteed aan de fiscale aspecten van de transitie. Daarvan is op basis van de uitgevoerde analyses door BDO en KPMG Meijburg een eerste beeld beschikbaar. Bij de daadwerkelijke overgang van privaat naar publiek zullen de te verwachten verschuivingen nader in beeld zijn gebracht.

6.2 Balans en bekostiging

6.2.1 Balans

Prorail valt als BV inzake Jaarrekening en Bestuursverslag onder de bepalingen van Titel 9 BW 2. De Jaarrekening geeft het vermogen en het resultaat, alsmede solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming weer. De balans met toelichting geeft het vermogen en zijn samenstelling in actief en passiefposten aan het eind van het boekjaar weer. De activa-zijde van de huidige balans bestaat met name uit de materiële vaste activa. Het betreft de geactiveerde investeringen in het spoor netwerk, maar vertegenwoordigt feitelijk geen waarde. Het staat op de balans om inzicht te bieden in de omvang van de geactiveerde investeringen. De passiva-zijde van de balans laat het eigen en vreemd vermogen zien. Het eigen vermogen bestaat uit de oorspronkelijke 44 geplaatste en gestorte aandelen, welke in handen zijn van Railinfratrust, en deze bedraagt € 1.598 mln.⁵³ Onder de langlopende leningen worden de subsidies verantwoord welke ProRail heeft ontvangen van IenM (86%) en derden (14%) voor het doen van de investeringen. Jaarlijks valt een bedrag uit deze balanspost vrij ter dekking van de (structurele) afschrijvingslasten. Op de begroting van IenM worden de bijdragen aan investeringsprojecten en de bijdrage voor beheer, onderhoud en vervanging verantwoord.

Agentschap

Voor agentschappen geldt dat Titel 9 BW 2 van toepassing is, tenzij in art. 27 van de Regeling Agentschappen andere bepalingen zijn opgenomen. In dit artikel zijn de volgende bepalingen opgenomen die relevant zijn in het kader van de transitie van ProRail naar een agentschap:

- een baten en lastenagentschap bezit geen financiële vaste activa (lid 3);
- onder de post Eigen vermogen wordt een exploitatiereserve opgenomen. Hier is een maximum aan gebonden van 5% van de gemiddelde jaaromzet, berekend over de laatste drie jaar (lid 4);
- langlopend vreemd vermogen bestaat uitsluitend uit leningen van het Ministerie van Financiën (lid 5).

De eisen ten aanzien van de financiële vaste activa bij een agentschap leveren geen problemen op ten opzichte van de huidige situatie. ProRail is voornemens de financiële vaste activa die het thans bezit (Keyrail en Relined) op korte termijn af te stoten.

Bij een agentschap mag langlopend vreemd vermogen uitsluitend bestaan uit leningen van het Ministerie van Financiën ter dekking van een financieringsbehoefte voor een investering in vaste activa. Schatkistbankieren is verplicht. Voor het grootste gedeelte van haar portefeuille doet ProRail dit al. De langlopende schulden die op de huidige balans van ProRail staan, bestaan

⁵³ Jaarrekening 2015 ProRail

grotendeels uit vooruit ontvangen investeringsbijdragen van decentrale overheden (ca. € 1.976 mln).

Bij Rijkswaterstaat is sprake van een agentschapstelsel waarbij zowel een baten-lasten administratie als het kas-verplichtingen stelsel worden gehanteerd. De door Rijkswaterstaat gerealiseerde en beheerde (vaar)wegen en hoofdwatersystemen (het areaal) worden niet op de balans gewaardeerd. Overige investeringen niet zijnde materiële vaste activa en gerelateerd aan de bedrijfsvoering, zoals bedrijfs-ICT en vervoersmiddelen, worden wel geactiveerd op de balans van Rijkswaterstaat.

ProRail activeert de materiële vaste activa op de balans. ProRail schrijft jaarlijks af en dekt deze afschrijving door de amortisatie van de ontvangen bijdragen en subsidies (grotendeels ontvangen van IenM) welke aan de passiva zijde van de balans staan verantwoord. Bij RWS worden investeringen in de materiële vaste activa NIET geactiveerd. Investeringen in infrastructuur (incl. vervangingsinvesteringen) worden verantwoord op basis van het verplichtingen-kasstelsel.

Op basis van de huidige comptabele wet- en regelgeving zal ProRail in het geval van een agentschap de balans moeten inrichten conform het hybride stelsel zoals gehanteerd wordt bij RWS. Dit heeft er mee te maken dat de leenfaciliteit niet bedoeld is voor programma-investeringen.

Hybride vorm

De hybride vorm (niet te verwarren met het hierboven beschreven 'hybride agentschapstelsel' zoals gehanteerd door RWS!) waarbij een deel van de taken onder een zbo bestuur zullen worden ondergebracht, zal voor een groot deel dezelfde afwegingen en transitievraagstukken kennen zoals beschreven bij een agentschap. Immers, het overgrote deel van de posten op de balans heeft betrekking op de activiteiten welke onder een agentschap zullen worden ondergebracht.

Zbo

Voor een zbo met rechtspersoonlijkheid is in artikel 35, lid 1 Kaderwet zbo's de wijze van verslaglegging bepaald: 'De jaarrekening, waarin rekening en verantwoording wordt afgelegd van het financieel beheer en van de geleverde prestaties over het verstreken boekjaar, wordt ingericht zoveel mogelijk met overeenkomstige toepassing van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.' De Kaderwet stelt dat er een egaliseringsreserve (artikel 33) gevormd moet worden als onderdeel van het eigen vermogen. Financiële vaste activa moeten zo veel mogelijk worden beperkt. Bij overgang van ProRail B.V. naar een zbo zal hierdoor geen sprake zijn van substantiële (directe) effecten op balansposten (bron: onderzoek PwC, 2016). Voor een zbo zonder rechtspersoonlijkheid gelden dezelfde uitgangspunten zoals beschreven bij het onderdeel 'agentschap'.

Ook bij een zbo met rechtspersoonlijkheid speelt de discussie over de omvang van het Eigen Vermogen. Aangezien het aandelenbezit komt te vervallen is de vraag hoe om te gaan met de agioreserve. Hierover moet in overleg worden getreden met het Ministerie van Financiën. Voor 'het vormen van andere fondsen en reserveringen dan de egaliseringsreserve' (art. 32, sub f) zal worden bepaald dat instemming nodig is van de Minister van IenM. De huidige egaliseringsreserve (die als 'egaliseringsrekening' verantwoord wordt onder de kortlopende schulden) kan worden gecontinueerd, met de kanttekening dat deze apart zal moeten worden verantwoord onder het eigen vermogen.

6.2.2 Bekostiging

De financiering van ProRail vanuit het ministerie van IenM geschiedt door middel van twee te onderscheiden geldstromen: een jaarlijkse subsidie voor beheer, onderhoud en vervanging (BOV) en individuele subsidies voor Aanleg(projecten). Daarnaast ontvangt ProRail bijdragen van derden

en gebruiksvergoedingen van vervoerders. De wijze van bekostiging van BOV is vastgelegd in het Besluit infrastructuurfonds (artikel 17 t/m 22). Op basis van de beheerconcessie en een jaarlijks beheerplan waarin (o.m.) prestatieafspraken (prestatie-indicatoren) worden gemaakt, wordt aan ProRail een jaarlijkse subsidie toegekend voor de 'kapitaallasten en onderhoud'. Er wordt één 'ongedeelde' subsidie verstrekt voor het totaal aan kapitaallasten en onderhoud (incl. uitbestede werk en apparaatskosten). ProRail bepaalt zelfstandig voor welke activiteiten de beschikbaar gestelde middelen worden ingezet. De subsidie is inclusief BTW.

De wijze van bekostiging van aanlegprojecten is vastgelegd in artikel 4 van het Besluit Infrastructuurfonds. ProRail krijgt op basis van een ingediende subsidieaanvraag (planstudie- of realisatie) een beschikking per project (incl. BTW). Hierin worden (subsidie)voorwaarden en afspraken vastgelegd over tijd, scope en geld. Betalingen vinden in het algemeen plaats op basis van de werkelijke voortgang van het werk. Per kwartaal vindt er een voorschotbetaling plaats en wordt het voorgaande kwartaal afgerekend.

Agentschap

In artikel 14 van de Regeling Agentschappen is het volgende opgenomen: 'Agentschappen ontvangen bijdragen voor de door hen geleverde producten en diensten. Deze bijdragen worden bepaald op basis van de met de opdrachtgever(s) van het agentschap gemaakte hoeveelheids-, kwaliteits- en prijsafspraken. Hiermee zijn de te ontvangen bijdragen gekoppeld aan prestaties.' Deze bijdragen vormen de zogenaamde 'agentschapsbijdrage'. Op deze wijze zullen de kosten voor het in stand houden (beheer, onderhoud en vervanging) van de infrastructuur (prestatiesturing) en de kosten van het apparaat aan ProRail (capaciteitsturing) worden gefinancierd.

Afhankelijk van de keuze voor een volledig baten-lastenagentschap dan wel een hybride/gemengd agentschapstelsel zoals bij Rijkswaterstaat zijn er ten aanzien van financiering en bekostiging van de aanlegprojecten in infrastructuur twee opties. Bij de eerste optie, een volledig baten lastenstelsel, vindt financiering van de investeringsuitgaven plaats middels een lening bij het ministerie van Financien. Over deze lening wordt rente in rekening gebracht. Bekostiging van de jaarlijkse afschrijvings- cq aflossingskosten en de rentekosten vindt vervolgens plaats via de agentschapsbijdrage vanuit de begroting van IenM. Bij het hybride agentschapstelsel worden de investeringsmiddelen beschikbaar gesteld op basis van het verplichtingen-kasstelsel. De aanlegprojecten worden dan (direct) bekostigd en gefinancierd vanuit het Infrastructuurfonds. Er vindt een overdracht plaats van budgetverantwoordelijkheid binnen het departement. In een opdrachtbrief worden afspraken gemaakt over tijd, scope en geld van het project (prestatiesturing) tussen opdrachtgever (beleidsdirectie) en opdrachtnemer (agentschap). Deze werkwijze sluit aan bij het hybride stelsel dat wordt gehanteerd door RWS (zie hierboven). Hierbij worden investeringen in materiële vaste activa niet geactiveerd maar verantwoord op basis van het verplichtingen-kasstelsel.

Projecten, maar ook onderhoud, worden in diverse gevallen door derden gefinancierd. Bijdragen van derden worden door het agentschap ontvangen en verantwoord.

Een laatste punt van aandacht betreft het afsluiten van verzekeringen. Als agentschap is het in beginsel niet toegestaan om verzekeringen af te sluiten ('nee, tenzij').

Hybride vorm

De hybride vorm zal voor een groot deel dezelfde afwegingen en transitievraagstukken kennen zoals beschreven bij een agentschap. Immers, het overgrote deel van de exploitatie van ProRail heeft betrekking op de activiteiten welke onder een agentschap zullen worden ondergebracht.

Zbo

De financiering van een zbo met rechtspersoonlijkheid geschiedt door middel van een begrotingsbijdrage. Hierbij kunnen afspraken worden gemaakt en voorwaarden worden gesteld ten behoeve van de inzet van de middelen. Aparte bijdragen (per project) zijn mogelijk, al wordt doorgaans bij zbo's gewerkt met (de goedkeuring van) een financiële meerjarenbegroting, waarbij de investeringsbijdragen integraal onderdeel uitmaken van de begroting. Bij het doen van investeringen zal worden bepaald dat instemming nodig is van de Minister van IenM (artikel 32, sub d, Kaderwet zbo). Als er sprake is van (een gedeeltelijke) financiering door derden, dan kan een zbo deze bijdrage ontvangen, zonder tussenkomst van IenM. Wel is het binnen het ministerie van IenM gebruikelijk dat in een toezichtvisie op een zbo (ministeriële regeling) wordt bepaald dat er instemming van de minister noodzakelijk is bij financiering door derden.

Binnen de Rijksoverheid zijn er zbo's die een deel van hun uitgaven zelf bekostigen via tarieven en/of vergoedingen. Deze tarieven en/of vergoedingen worden aan de minister voorgelegd in een tarievenvoorstel welke onderdeel is van het financieel meerjarenbeleidsplan. Voor budget-gefinancierde zbo's vindt er voorafgaand aan de vaststelling van het tarievenvoorstel een verrekening met het exploitatieresultaat plaats (beleid IenM).

6.3 Financiële sturing en toezicht

6.3.1 Begroting en jaarrekening

ProRail is een zelfstandige organisatie met eigen begroting- en verantwoordingsdocumenten. Op artikel 13 van het Infrastructuurfonds worden de subsidies ten behoeve van het onderhoud en aanleg van de spoorwegen verantwoord⁵⁴. Op artikel 13.02 worden de beschikbare middelen voor beheer, onderhoud en vervanging (BOV) verantwoord. De budgetten voor de diverse aanlegprojecten worden verantwoord op artikel 13.03. Dit artikelonderdeel wordt onderscheiden in 'planuitwerking' en 'realisatie' voor zowel goederen- als personenvervoer. In bijlage 4 van de begroting van het Infrastructuurfonds wordt specifiek aandacht besteed aan de instandhouding van de Nederlandse infrastructuur, o.a. de spoorwegen. Conform de aanbeveling van de Commissie Kuiken maakt ProRail reeds onderdeel uit van de bijlage van hoofdstuk XII van de Rijksbegroting waarin aandacht wordt besteed aan de diverse toezichtsrelaties zbo's en rechtspersonen met een wettelijke taak (rwt).

Agentschap

In het geval van een agentschap is de begroting van ProRail integraal onderdeel van de Rijksbegroting van IenM (hoofdstuk XII) en blijven de beschikbare middelen als agentschapsbijdrage zichtbaar in de desbetreffende artikelen. De begroting van het agentschap wordt als een agentschapsparagraaf in de IenM-begroting opgenomen. Om dit mogelijk te maken, zijn technische aanpassingen nodig in de begroting. Er zal een aantal aanpassingen binnen het Infrastructuurfonds (IF) en Hoofdstuk XII Rijksbegroting (HXII) moeten worden aangebracht.

Een agentschap kent geen verplichte eigen jaarrekening: de verantwoording geschiedt via het Rijksjaarverslag. In het Rijksjaarverslag wordt integraal verantwoording afgelegd over IenM en haar dienstonderdelen en agentschappen als geheel. Hierin wordt een verkorte jaarrekening opgenomen (agentschapsparagraaf) welke is gebaseerd op de volledige jaarrekening van het agentschap welke intern wordt opgesteld. Deze jaarrekening bestaat uit een balans en een 'saldo van baten en lasten', een (publieke) variant op de zogenaamde winst- en verliesrekening. Voor deze jaarrekening gelden de goedkeuringstoleranties van het Rijk en wordt de controle uitgevoerd door de Auditdienst Rijk (ADR). Binnen IenM is het gebruikelijk dat agentschappen een aparte controleverklaring afgeven om de eigen verantwoordelijkheid te benadrukken en verantwoording af

⁵⁴ Een klein deel (ca. 24 mln. in 2015) ontvangt ProRail vanuit artikel 14 en 17 IF. Dit betreft de bijdragen aan RSP-projecten (artikel 14), Nazorg Betuweroute en ERTMS (artikel 17).

te leggen. Het is mogelijk een publicitair jaarverslag op te stellen (Art. 20 Regeling Agentschappen).

Hybride vorm

De hybride vorm zal voor de Rijksbegrotingscyclus worden ingericht zoals beschreven bij een agentschap. Immers, het apparaat van de hybride vorm is onderdeel van het agentschap. Een deel van de taken die door het agentschap worden uitgevoerd vallen onder een bestuur dat als zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid wordt vorm gegeven. De begrote inkomsten en uitgaven worden opgenomen in de begroting van IenM volgens de daarvoor geldende interne procedures. Het zbo stelt alleen conform artikel 25 Kaderwet zbo's een ontwerpbegroting op om kenbaar te maken wat het zbo zelf, op basis van zijn inzichten, denkt dat de taakvervulling in het volgend jaar zal gaan kosten. Ook de verantwoording wordt opgenomen in de jaarrekening van IenM. Het zbo heeft geen eigen comptabele verantwoordelijkheid.

Zbo

Voor een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid geldt hetzelfde als hiervoor bij de hybride vorm beschreven. Een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid stelt eigenstandig een begroting, tarievenvoorstel, financieel meerjarenbeleidsplan en jaarrekening (incl. controleverklaring van een onafhankelijke accountant) op. De jaarrekening bestaat uit een balans en een winst- en verliesrekening. De minister heeft op al deze documenten een goedkeuringsbevoegdheid. De minister kan deze goedkeuring onthouden indien er sprake is van strijdigheid met het recht of algemeen belang. De minister zal bij het oordeel o.a. toetsen op waarborgen voor de (financiële) continuïteit, doeltreffendheid en kwaliteit van de taakuitvoering, doelmatigheid en goed bestuur. De begrotingsgefinancierde bijdrage aan een zbo wordt verantwoord op artikel 13 van het Infrastructuurfonds. Daarnaast is er in de rijksbegroting, hoofdstuk XII een zbo-bijlage opgenomen waarin de uitvoeringsinformatie (omzet, fte's) per zbo wordt weergegeven.

6.3.2 Financieel toezicht

De directie Openbaar, Vervoer en Spoor (OVS) van IenM is op basis van het verstrekte mandaat verantwoordelijk voor een rechtmatige en doelmatige besteding van de subsidies aan ProRail. Dit houdt in dat de FEZ-functie van IenM (op concern- en decentraal niveau) toezicht houdt op de bijdragen van de directie OVS aan ProRail en hiermee *indirect* toezicht uitoefent.

Agentschap

Het financieel toezicht en onderlinge verhouding is vastgelegd in artikel 30 van de Regeling Agentschappen: 'De directie Financieel-Economische Zaken van het betrokken ministerie oefent toezicht uit op een agentschap overeenkomstig het bepaalde in artikel 6, artikel 10 en artikel 12, eerste lid van het Besluit Taak FEZ.' Dit is nader uitgewerkt in het sturingsmodel Agentschappen welke is opgesteld door de hoofddirectie Financiën, Management en Control (FMC)⁵⁵ van het ministerie van IenM. Hierin is o.a. opgenomen dat er een functionele lijn bestaat tussen de decentrale controller (van ProRail) en de hoofddirecteur FMC. Dit houdt in dat er sprake is van een verantwoordingsrelatie en mogelijkheid tot escalatie. Daarnaast oefent de hoofddirecteur FMC toezicht uit op (de bedrijfsvoering van) het agentschap. Om dit toezicht vorm te geven voert de hoofddirecteur FMC periodiek (systeem)toetsen uit op de werking van de financiële functie. Bij besluitvorming met financiële gevolgen dient het hoofd van het agentschap FMC tijdig te betrekken en is een medeparaaf (conform Besluit Taak FEZ, artikel 2) vereist. Daarnaast is een agentschap onderdeel van de integrale begrotings- en concernsturingscyclus binnen het ministerie van IenM⁵⁶. De concernsturing (ofwel: interne sturing) is de wijze van aansturing van de secretaris-generaal van de Bestuurskern en agentschappen waarbij de

⁵⁵ FMC voert het Besluit taak FEZ uit binnen het Ministerie van IenM.

⁵⁶ Begrotingscyclus en concernsturing bij IenM, 2014.

werkzaamheden en uitgaven voorbereid, verdeeld en in samenhang gepland, uitgevoerd en verantwoord.

Hybride vorm

Bij een hybride vorm is geen expliciet toezichtskader opgesteld zoals het geval is bij agentschappen en zbo's. In geval van een hybride vorm zullen beide toezichtskaders van toepassing zijn voor het desbetreffende onderdeel (agentschap of zbo). Mogelijk kan hier één integraal toezichtskader worden opgesteld waarmee aan alle wettelijke eisen wordt voldaan.

Zbo

Voor het (financieel) toezicht op zbo's is door de hoofddirectie FMC een toezichtsvisie opgesteld: 'verantwoorde uitvoering, toezichtvisie IenM op uitvoeringsorganisaties'. Dit kader is zijn binnen de IenM toezichtkaders minder ingrijpend dan bij een agentschap en gaat uit van de zelfstandigheid van de organisatie. Uitgangspunt hierbij is, in tegenstelling tot de situatie bij ProRail, dat een zbo slechts voor een beperkt deel gefinancierd wordt vanuit de begroting van IenM. Aanvullende afspraken over financieel toezicht, escalatie en verantwoording zijn mogelijk door deze in een toezichtskader (ministeriële regeling) op te nemen.

6.4 Fiscaliteit

Bij een transitie geldt bij alle varianten dat er een wijziging optreedt in de fiscale positie van ProRail en dat deze wijziging voor zowel een agentschap, een zbo of hybride vorm overwegend gelijk zullen zijn. Op basis van gesprekken met en onderzoek van diverse experts (Ministerie van Financiën en externe deskundigen) is duidelijk geworden dat er sprake kan zijn effecten als gevolg van de transitie. Er is sprake van zowel incidentele effecten (transitie) als structurele effecten na de transitie ('sfeerovergang').

6.4.1 Vennootschapsbelasting

Op dit moment is ProRail volledig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting (vpb) maar draagt geen vpb af aan de fiscus. De overgang naar een publieke rechtsvorm leidt tot het 'leveren' van de Besloten Vennootschap (bv) aan de rechtsopvolger en het staken van de bv. Bij deze handeling zal waarschijnlijk moeten worden afgerekend over de eventuele meerwaarde in de onderneming ('stille reserves').

Na de transitie is er sprake van een sfeerovergang ('van privaat naar publiek'). Ook als publieke organisatie zal ProRail voor een deel 'ondernemerstaken' blijven uitvoeren.

6.4.2 Dividendbelasting

Ten aanzien van de dividendbelasting wordt een overdracht om niet beschouwd als dividenduitkering aan de staat waarover dividendbelasting verschuldigd is. Het Rijk kan deze belasting mogelijk vervolgens terugvragen. De financiële impact lijkt vooralsnog nihil.

6.4.3 BTW

ProRail is 'ondernemer' voor de btw. ProRail brengt haar afnemers (inclusief IenM) btw in rekening en kan zelf de btw die zij betaalt aan leveranciers aftrekken. Bij de transitie kan sprake zijn van een fictieve levering van de oude (bestanddelen van de) onderneming aan de nieuwe publieke rechtsvorm waarover btw moet worden betaald.

Bij de overgang van privaat naar publiek zal nader moeten worden onderzocht of ProRail na transitie recht behoudt op vooraftrek van de btw⁵⁷. Afhankelijk van de vormgeving en taken van de

⁵⁷ Omdat ProRail als 'ondernemer' is aangemerkt, kan ProRail deze btw, ook wel 'voorbetalings' genoemd, (onder bepaalde voorwaarden) aftrekken van de btw die ProRail verschuldigd is over de omzet.

publiekrechtelijke organisatie Prorail, zal deze organisatie voor de btw als belaste ondernemer of als onbelaste overheidsinstelling hebben te gelden voor het beheer van het spoor. In het eerste geval blijft de btw-positie van Prorail hetzelfde als nu en zal een overdracht van de onderneming naar het zbo niet tot btw heffing leiden.

Als de nieuwe organisatie ProRail voor de btw heeft te gelden als een onbelaste overheidsinstelling, is er niet langer btw verschuldigd over de subsidie van I&M. Daar staat dan tegenover dat ProRail de aan haar berekende btw op kosten van de uitvoering van haar beheertaak niet meer in aftrek kan brengen.

6.4.4 Overdrachtsbelasting

Op dit moment is nog niet duidelijk wat de precieze gevolgen zullen zijn voor de overdrachtsbelasting. Zo is naheffing mogelijk over de genoten vrijstelling overdrachtsbelasting tussen Railinfratrust en ProRail over een periode van de afgelopen drie jaar. De overgang naar een agentschap, zbo of hybride vorm heeft als voordeel dat ProRail na de transitie mogelijk vrijgesteld zal zijn van overdrachtsbelasting. Dit leidt tot een voordeel bij de verkrijging van onroerende zaken.

6.4.5 Complexiteit

Er zal sprake zijn van een lange doorlooptijd voordat er volledige duidelijkheid is ten aanzien van de potentiële financiële effecten. Dit heeft een tweetal oorzaken:

- 1) er is sprake van een transitie van privaat naar publiek. Een dergelijke transitie kent nauwelijks voorbeelden en precedents (op fiscaal gebied);
- 2) de wetgeving kent geen faciliteiten, overgangsbepalingen of uitzonderingsgronden voor de transitie van privaat naar publiek.

De exacte gevolgen voor onder meer de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting, de BTW en de overdrachtsbelasting kunnen pas definitief in beeld worden gebracht als de vormgeving van de transitie bekend is. Dan kunnen de effecten in overleg met de bevoegde belastinginspecteur worden vastgesteld.

De fiscale effecten kunnen leiden tot financiële verschuivingen tussen de begrotingskaders van ProRail, IenM en de totale Rijksbegroting. Het is nu nog niet mogelijk om een indicatie te geven van de te verwachten financiële verschuivingen. Mocht blijken dat de omvorming van ProRail leidt tot een stijging van de belastinginkomsten enerzijds en hogere uitgaven voor IenM anderzijds, dan kan het kabinet dat binnen de Rijksbegroting corrigeren.

Hoofdstuk 7 Rechtspositie personeel

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de eventuele gevolgen van de overgang van ProRail van een privaatrechtelijke rechtspersoon (B.V) naar een publiekrechtelijke rechtsvorm voor de rechtspositie van het personeel. Zoals in de brief van 29 april 2016 is aangegeven heeft het kabinet de voorkeur voor een publiekrechtelijke rechtsvorm waarbij de consequenties voor de rechtspositie van het personeel van ProRail zo klein mogelijk zijn.⁵⁸

Gestart wordt met een beschrijving van de huidige arbeidsrechtelijke positie van de medewerkers van ProRail, de beschrijving van het kabinetsbeleid en de mogelijkheid tot eventuele uitzonderingen. Daarna volgt op basis van een inschatting van PwC Advisory een vergelijking met de rechtspositie van de medewerkers indien zij werkzaam zijn bij een agentschap, hybride vorm, een zbo zonder rechtspersoonlijkheid respectievelijk een zbo met rechtspersoonlijkheid. Eenzelfde vergelijking heeft PwC Advisory gedaan voor de arbeidsvoorwaarden van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) c.a. met de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) van ProRail respectievelijk een vergelijking van de pensioenregelingen van het ABP en het Spoorwegpensioenfonds. Tot slot wordt een aantal overige aspecten belicht die samenhangen met de mogelijke transitie.

7.2 Arbeidsvoorwaardenregeling

7.2.1 Huidige situatie

Arbeidsvoorwaarden bij ProRail

In de huidige situatie hebben de medewerkers van ProRail een (tweezijdige) arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Als gevolg van deze overeenkomst zijn de medewerkers aangesloten bij de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) van ProRail. Ongeveer vijftig fte's binnen ProRail zijn echter gebaseerd op individuele arbeidsovereenkomsten die buiten de scope van de CAO vallen.

Sociale eenheid NS

ProRail maakt daarnaast met NS en enkele andere bedrijven deel uit van de sociale eenheid NS. De sociale eenheid NS kent een CAO waarin aanvullende arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen voor werknemers van de bedrijven die onderdeel uitmaken van de eenheid. De sociale eenheid is opgezet omdat de spoorsector een relatief kleine sector is met specialistische kennis. De sociale eenheid bevat daarom ook een eigen opleidingscentrum: het Railcenter. Dit centrum verzorgt opleidingen voor de spoorsector. De sociale eenheid bevordert de mobiliteit binnen de spoorsector, vooral tussen ProRail en NS, en vergroot de uitwisseling van spoorvakmensen tussen de bedrijven. In de afgelopen jaren is gemiddeld per jaar 2 à 3% van de medewerkers van ProRail (ca. 100 medewerkers) gewisseld van werkgever binnen de sociale eenheid (op alle niveaus, specialisten, projectmanagers en overig management). De overgang van en naar bedrijven van de sociale eenheid behelst 37% van de totale in- en uitstroom bij ProRail. Om deze mobiliteit te stimuleren is in de CAO sociale eenheid NS onder andere bepaald dat werknemers hun anciënniteit behouden bij een overstap naar een andere werkgever binnen de sociale eenheid. Daarnaast is in deze CAO een aantal voor de spoorsector karakteristieke secundaire arbeidsvoorwaarden neergelegd, zoals reisfaciliteiten voor werknemers en gezinsleden in binnen- en buitenland, vervoersfaciliteiten voor gepensioneerd medewerkers, en belangrijke zorgvoorzieningen, zoals het pensioen bij Spoorwegpensioenfonds (SPF), en regelingen tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid.

⁵⁸ Kamerstukken II 2015/16, 33 678, nr. 16.

ProRail is aangesloten bij het SPF waar ook NS, regionale vervoerders, enkele spooraannemers en een aantal ingenieursbedrijven bij zijn aangesloten. Ook dit bevordert de mobiliteit van het personeel binnen de spoorsector.

7.2.2 Hoofdregel t.a.v. personeel: publiekrechtelijke vormgeving

De hoofdregel is dat personeel dat werkzaam is bij agentschappen of zbo's rijksambtenaar is in de zin van de Ambtenarenwet en ARAR. Er is daarbij geen wettelijke grondslag om rijksambtenaren in dienst te nemen op basis van privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten. De medewerkers krijgen een ambtelijke rechtspositie met een publiekrechtelijk karakter.

Als gevolg van deze publiekrechtelijke aanstelling is de rechtspositieregeling van het Rijk – het ARAR c.a. – op hen van toepassing. Bij een omvorming tot een agentschap of zbo (zonder en met eigen rechtspersoonlijkheid) wordt de CAO van ProRail dus vervangen door het ARAR. ProRail zal dan onderdeel worden van de Rijksdienst en geen deel meer uitmaken van de sociale eenheid NS. De mobiliteit tussen de achterblijvende bedrijven binnen de spoorsector en ProRail zal als gevolg hiervan mogelijk afnemen.

Bij een omvorming van ProRail wordt het personeel van ProRail overheidswerknemer in de zin van de Wet privatisering ABP en wordt het voor hen als zodanig verplicht deel te nemen in de stichting pensioenfonds ABP.

7.2.3 Uitzonderingen mogelijk?

Vanwege de sociale eenheid NS is er sprake van veel mobiliteit en uitwisseling van hoogwaardig opgeleid technisch personeel tussen de bedrijven die zijn aangesloten bij die sociale eenheid. Dat maakt dat ProRail op dit moment een nauwe samenwerking heeft met de gehele spoorsector en de NS in het bijzonder. Vanwege het belang van deze samenwerking kan worden besloten de huidige arbeidsvoorwaarden inclusief het pensioen te behouden. In de Kaderwet zbo's is een dergelijke uitzondering op arbeidsvoorwaarden beperkt mogelijk⁵⁹. Daarnaast kan, indien voor een geheel andere rechtspositieregeling dan die voor de sector Rijk wordt gekozen, in de instellingswet van een zbo worden bepaald dat een andere regeling geldt en/of dat het arbeidsovereenkomstenrecht uit het BW geldt. Voor de pensioenen moet een dergelijke uitzondering voldoen aan de regels uit de Wet privatisering ABP. De eigen CAO van ProRail en de deelname van ProRail aan de sociale eenheid NS kan dan ongewijzigd worden gecontinueerd. Van belang hierbij is dat door de deelname aan de sociale eenheid sprake is van een bijzondere situatie. Deze mogelijkheid geldt overigens alleen indien tevens wordt besloten dat ProRail een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid wordt. Deze mogelijkheid is er niet bij de andere publiek rechtelijke organisatiemodellen.

Schematisch overzicht rechtspositieregelingen

Organisatievorm	Dienstbetrekking werknemer	Collectieve arbeidsvoorwaarden	Pensioenregeling
Huidig ProRail (bv)	Arbeidsovereenkomst	Cao en Sociale eenheid NS	SPF-regeling
Agentschap	Ambtelijke aanstelling	ARAR c.a.	ABP-regeling
Agentschap i.c.m. zbo zonder rechtspersoonlijkheid	Ambtelijke aanstelling	ARAR c.a.	ABP-regeling
Zbo zonder rechtspersoonlijkheid	Ambtelijke aanstelling	ARAR c.a.	ABP-regeling

⁵⁹ Dit uitgangspunt is geformuleerd in art. 15 Kaderwet zbo's.

Zbo met rechtspersoonlijkheid	1	Ambtelijke aanstelling	ARAR c.a.	ABP-regeling
		Indien uitzondering wordt gemaakt op ambtelijke rechtspositie:		
	2	Arbeidsovereenkomst	Cao en Sociale eenheid NS	ABP-regeling
		Indien uitzondering wordt gemaakt op ambtelijke rechtspositie én de werknemers in dienst van ProRail geen overheidswerknemers zijn in de zin van de WPA:		
	3	Arbeidsovereenkomst	Cao en Sociale eenheid NS	SPF-regeling ⁶⁰

7.3 Vergelijking van het ARAR c.a. met de CAO van ProRail

Indien als gevolg van de omvorming van ProRail B.V. naar een publiekrechtelijke organisatie, de arbeidsvoorwaarden van het Rijk van toepassing worden op werknemers van ProRail is van belang welke verschillen er zijn tussen arbeidsvoorwaarden van het Rijk en die van ProRail B.V.⁶¹ PricewaterhouseCoopers Advisory (PWC) is gevraagd een inschatting te maken van deze verschillen, zie daartoe de bijgevoegde rapportage.⁶²

7.4 Vergelijking pensioenregelingen ABP en SPF

Indien als gevolg van de omvorming van ProRail B.V. naar een publiekrechtelijke vormgeving, de pensioenregeling van het Rijk van toepassing wordt op werknemers van ProRail is van belang welke verschillen er zijn tussen pensioenvoorwaarden van het Rijk en die van ProRail B.V. Beide fondsen hebben overigens een middelloon regeling met indexatieintentie. Ten behoeve hiervan is onderzoek gedaan door PWC. PWC heeft een inschatting gemaakt van deze verschillen, zie daartoe de bijgevoegde rapportage.⁶³

7.5 Mogelijk aspect bij overgang naar arbeidsvoorwaarden Rijk

Bij iedere optie is er sprake van 'overgang van onderneming', wat betekent dat medewerkers recht hebben op een transitievergoeding, indien een rechter aanmerkelijke verslechtering van arbeidsvoorwaarden bewezen acht, een beslissing die per werknemer bepaald wordt. De kans dat een rechter oordeelt dat de overgang inderdaad een aanmerkelijke verslechtering is, is groter bij materiële achteruitgang, bv. overgang van CAO en pensioenfonds, dan wanneer alleen een verslechtering op immateriële gronden optreedt⁶⁴. Bij een dergelijke transitievergoeding bestaat het risico dat een deel van werknemers met andere kansen op de arbeidsmarkt ervoor kiest om op te stappen met een transitievergoeding. Naast de kosten, kan verlies van medewerkers ook tot verlies van expertise leiden.

⁶⁰ Dit zijn 3 varianten. Als regel geldt dat het personeel van een publiekrechtelijke zbo met rechtspersoonlijkheid een ambtelijke aanstelling heeft en valt onder de regeling van het ARAR en het ABP. Hiervan kan zeer restrictief worden afgeweken conform de kaders van beide wetten in formele zin. Voor de WPA geldt o.a. dat er overeenstemming moet zijn met ABP.

⁶¹ Voor dit overzicht is geput uit de gegevens opgenomen in de inschatting door PricewaterhouseCoopers Advisory van de consequenties van de transitie van ProRail van 12 oktober 2016. Door PWC zijn alleen de belangrijkste arbeidsvoorwaarden op hoofdlijnen onderzocht.

⁶² De bevindingen van PWC zijn bovendien nader geanalyseerd door de Boston Consulting Group, BCG, 14 oktober 2016.

⁶³ Voor dit overzicht is geput uit de gegevens opgenomen in de inschatting door PricewaterhouseCoopers Advisory van de consequenties van de transitie van ProRail van 12 oktober 2016.

⁶⁴ BCG, Toetsing besluitvormingsdocument organisatievormen ProRail, 17 oktober 2016.

7.6 Andere aspecten

7.6.1 WW-financiering

In de huidige situatie draagt ProRail WW-premie af aan het Algemeen Werkloosheidsfonds en het Sectorfonds.

Indien de keuze wordt gemaakt om ProRail als publiekrechtelijk zbo met rechtspersoonlijkheid vorm te geven en het personeel in dienst van ProRail wordt via een ministeriële regeling uitgezonderd van het overheidswerknemersbegrip in de WPA, dan wordt ProRail ook geen eigenrisicodragers voor de WW. ProRail blijft in dat geval de huidige met de marktsector verevende WW-premie afdragen

7.6.2 Aanstelling bestuurders

In de huidige situatie heeft ProRail een raad van bestuur die benoemd wordt door de aandeelhouder op voordracht van de raad van commissarissen. Met een aandeelhoudersbesluit is de WNT-bezoldigingsmaximum op de raad van bestuur van overeenkomstige toepassing verklaard.

Indien ProRail een agentschap wordt, zal aan de top van het agentschap een bestuurder worden benoemd. Het zal hier gaan om een lid van de Topmanagementgroep (TMG) van de ABD. De benoeming van een lid van de TMG loopt via de ministerraad en vindt plaats bij koninklijk besluit. Deze bestuurder is hiërarchisch ondergeschikt aan de minister. Het is goed denkbaar dat ook de benoeming van de overige (twee) bestuurders via de TMG zal lopen. De leden van de TMG worden voor een periode van maximaal 7 jaar benoemd en worden als topfunctionaris in de zin van de WNT aangemerkt (het bezoldigingsmaximum in het kader van die wet is dus op hen van toepassing). In het geval ProRail wordt vormgegeven als publiekrechtelijke zbo (met of zonder rechtspersoonlijkheid) zal een bestuur worden benoemd door de minister voor de duur van de in de instellingswetgeving bepaalde benoemingsperiode. Ook in het kader van deze benoemingen speelt de ABD een ondersteunende rol. Zbo-bestuurders vallen onder de WNT.

7.6.3 Raad van commissarissen

In de huidige situatie heeft ProRail een raad van commissarissen.

Een raad van commissarissen is noch bij een agentschap, noch bij een hybride vorm, noch bij een zbo met of zonder eigen rechtspersoonlijkheid voorzien.⁶⁵ Aan de leden van de raad van commissarissen zal met ingang van de nieuwe rechtsvorm eervol ontslag worden verleend.

7.6.4 Sourcing

ProRail B.V. huurt nu specialisten in voor bijvoorbeeld onderhoud en projecten. Dat is van belang voor de taakuitvoering door ProRail. De omvorming van ProRail tot publiekrechtelijke organisatie leidt tot een beperking van de mogelijkheden daarvan. Als gevolg van de motie Roemer⁶⁶ geldt voor de ministeries een maximum voor het inhuren van externen van 10% van het totale personele budget. Dit maximum heeft een *comply-or-explain* karakter.⁶⁷ Als ProRail een agentschap wordt zal zij – onderdeel uitmakend van een ministerie – gehouden zijn aan dit maximum. Dit maximum geldt in algemene zin niet voor zbo's, omdat het algemeen stellen van deze norm teveel zou

⁶⁵ De hoofdregel is dat er bij zbo's geen wettelijk ingesteld intern toezichtsorgaan is. Een aantal bestaande zbo's heeft raden van toezicht (LVNL, Kadaster, RDW, CBR) die overwegend adviserende bevoegdheden hebben.

⁶⁶ Kamerstukken II, 2009/10, 32 360, nr. 5

⁶⁷ Kamerstukken II, 2010/11, 32 501, nr. 5

ingrijpen in de relatie op afstand tussen zbo en departement. Wel kunnen er als dit wenselijk wordt geacht dienaangaande specifieke beleidsregels voor het zbo worden vastgesteld door het ministerie.⁶⁸

Als gevolg van de motie De Pater – Van der Meer⁶⁹ geldt voor de ministeries voor het inhuren van externen (niet-topfunctionarissen) voor die gevallen dat geen gebruik wordt gemaakt van mantelpartijen een maximumuurtarief van € 225 per uur. Zodra zij moeten worden gekwalificeerd als topfunctionarissen geldt een maximumuurtarief van € 175. Als ProRail een agentschap wordt zal zij - onderdeel uitmakend van een ministerie - gehouden zijn aan dit maximum. Om niet iedere flexibiliteit weg te nemen wordt het principe “comply or explain” toegepast. In uitzonderlijke gevallen is het voorstelbaar dat een hoger uurtarief moet worden betaald dan het vastgestelde maximum. In die situatie is het aan het ministerie om daar achteraf verantwoording over af te leggen. De maximumnorm geldt niet voor het inhuren van *niet-topfunctionarissen* door zbo’s, omdat de zelfstandige bestuursorganen niet worden aangestuurd op aspecten van hun bedrijfsvoering.⁷⁰ Doordat echter zbo’s onder de Wet normering topinkomens vallen, is wat betreft de inhuur van *topfunctionarissen* het maximumuurtarief van € 175 wel van toepassing.

⁶⁸ Kamerstukken II, 2011/12, 31 490, nr. 74

⁶⁹ Kamerstukken II, 2009/10, 32 123 VII, nr. 49

⁷⁰ Kamerstukken II, 2009/10, 32 124, nr. 18

Hoofdstuk 8 Elementen van de transitie

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt inzichtelijk gemaakt wat nodig is voor de vormgeving van ProRail als publiekrechtelijke organisatie en wordt op hoofdlijnen een inschatting gegeven van de kosten en doorlooptijden van transitie naar de verschillende publiekrechtelijke organisaties. Het traject leidt zowel tot een transitie van ProRail als van de onderdelen van het ministerie van IenM die een rol vervullen ten aanzien van ProRail. Zie hoofdstuk 4 voor een beschrijving van deze rollen.

8.2 Risico's voor de gestarte verbeteringen bij ProRail

Dit hoofdstuk kan niet op alle aspecten van de transitie ingaan, maar belicht een aantal wezenlijke aspecten. Daarnaast is door ProRail beschreven wat volgens haar de risico's van de mogelijke veranderingen naar een nieuwe organisatievorm zijn voor de reeds ingeslagen nieuwe koers. ProRail is sinds anderhalf jaar bezig met een nieuwe koers gericht op het verbeteren van de operationele prestaties, de compliance, de financiële beheersbaarheid en de hogere verbondenheid met stakeholders. ProRail is bevreesd dat de omvorming naar een publiekrechtelijke organisatie negatief interfereert met deze veranderingen en het moeilijker wordt deze te bewerkstelligen. Voor een beschrijving van nieuwe koers en de risico's wordt verwezen naar de notitie van ProRail dienaangaande.⁷¹ BCG wijst erop dat er significante risico's zijn dat belangrijke randvoorwaarden voor deze verbetering worden aangetast⁷². BCG doelt hierbij op het gevoel voor urgentie, de effectiviteit van het topteam en het draagvlak onder werknemers voor het verbeterplan. Hierbij geldt dat deze risico's significant kleiner zijn bij een keuze waarbij de arbeidsvoorwaarden onveranderd blijven.

8.3 Wijze van instelling van een agentschap of een zbo

Bij de instelling van ProRail als agentschap wordt de taak in de Spoorwegwet opgedragen aan de minister van IenM. Hiervoor is een wijziging van de Spoorwegwet nodig. Vervolgens wordt er een instellingsbesluit gemaakt voor het agentschap ProRail. De instelling van een zbo wordt vormgegeven doordat bij wet een zbo wordt ingesteld waaraan een bepaalde taak wordt opgedragen. Ook dit kan plaatsvinden door middel van een wijziging van de Spoorwegwet.

8.4 Overgang van de vermogensbestanddelen ProRail

Bij de omvorming van ProRail naar een agentschap of een publiekrechtelijk zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid, worden de activa en passiva van ProRail B.V. onder algemene titel (bij wet) aan de Staat der Nederlanden overgedragen.

Bij de omvorming van ProRail naar een publiekrechtelijk zbo met eigen rechtspersoonlijkheid worden de activa en passiva van ProRail B.V. onder algemene titel (bij wet) aan het zbo ProRail overgedragen. In beide gevallen wordt vervolgens de B.V. ontbonden en vereffend.

In hoofdstuk 7 is aangegeven dat de overdracht van de activa en het personeel van ProRail naar een publieke rechtspersoon hoogstwaarschijnlijk kwalificeert als een overgang van onderneming. Dit heeft tot gevolg dat werknemers na een overgang in beginsel recht houden op behoud van hun arbeidsovereenkomst met bijbehorende arbeidsvoorwaarden. Indien wettelijk wordt bepaald dat de werknemers van ProRail op basis van een aanstelling in dienst treden bij de Staat (bij een agentschap, hybride vorm of een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid) en op hen de

⁷¹ ProRail, Analyse van referentierisico's, Welke risico's heeft de herpositionering op de nieuwe ProRailkoers?, kenmerk : EDMS#3932529

⁷² BCG, Toetsing besluitvormingsdocument organisatievormen ProRail, 17 oktober 2016.

arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn zoals die voor rijksambtenaren gelden, kan uit rechtspraak worden afgeleid dat er geen sprake is van behoud van de huidige arbeidsvoorwaarden. In het geval dat dit – ondanks dat rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld de bij ProRail opgebouwde anciënniteit – een aanmerkelijke vermindering van de beloning van betrokkenen oplevert en zij er voor kiezen om hun dienstbetrekking te beëindigen, dan hebben zij recht op een transitievergoeding en kunnen zij ook recht hebben op een billijke vergoeding (artikel 7:665 BW jo artikel 7:673 BW). Gelet op het voorgaande verdient het aanbeveling om in het instellingsbesluit/ wetgeving duidelijk vast te leggen welke status de medewerkers van ProRail krijgen en welke rechtspositieregeling(en) (en pensioenregeling) op hen van toepassing wordt.

8.5 Medezeggenschap

De overgang van ProRail zal bij wet worden gerealiseerd en zodoende is er sprake van een politiek primaat, waarvoor er een uitzondering geldt ten aanzien van de medezeggenschap. Wanneer de personele gevolgen in het kabinetsbesluit zelf worden geregeld of daar rechtstreeks uit voortvloeien, zal er in verband met het politieke primaat geen sprake zijn van een adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van het kabinetsbesluit. Wel is het belangrijk om de ondernemingsraad goed te betrekken in het gehele traject.

8.6 Overleg met de vakorganisaties

In het geval dat ProRail BV wordt omgevormd tot een agentschap, hybride vorm of zbo zonder rechtspersoonlijkheid zal wettelijk worden bepaald dat werknemers van ProRail op basis van een aanstelling in dienst treden bij de Staat en dat als gevolg daarvan op hen de arbeidsvoorwaarden voor Rijksambtenaren van toepassing zijn. In dat geval dient over de arbeidsvoorwaarden die gaan gelden na de overgang overleg te worden gevoerd met de vakbonden.

8.7 Complexiteit en kosten van transitie

In opdracht van het ministerie van IenM is door PricewaterhouseCoopers Advisory NV (PWC) bekeken wat de effecten zijn van de transitie van ProRail naar een publiekrechtelijke vorm.⁷³ Hierbij is specifiek gekeken naar de elementen balans, CAO, pensioenafspraken en contracten. Dat betekent dat niet alle elementen van de voorgenomen transitie onderzocht zijn.⁷⁴ Wat betreft de wel onderzochte elementen gaat het om analyses op hoofdlijnen resulterend in globale inzichten. Op grond hiervan ontstaat dan het volgende beeld.

De complexiteit van de transitie wordt door PWC als volgt beoordeeld.

Complexiteit	<i>Agentschap/hybride vorm/zbo zonder rechtspersoonlijkheid</i>	<i>Zbo met rechtspersoonlijkheid</i>
Balans	**	*
Cao	***	*
Pensioen	***	*
Contacten	*	*

⁷³ PWC, Inschatting consequenties transitie ProRail, 12 oktober 2016. De bevindingen van PWC zijn bovendien nader geanalyseerd door de Boston Consulting Group, BCG, 14 oktober 2016.

⁷⁴ Zoals bijvoorbeeld de werkprocessen procedures en het verandermanagement.

Hierbij is de veronderstelling dat bij een transitie naar een zbo met rechtspersoonlijkheid het personeel de huidige arbeidsvoorwaarden en pensioenregeling kan behouden en dat het transactiemodel ongemoeid blijft. Zonder deze veronderstellingen, is de complexiteit net zo hoog als bij de andere publiekrechtelijke vormen.

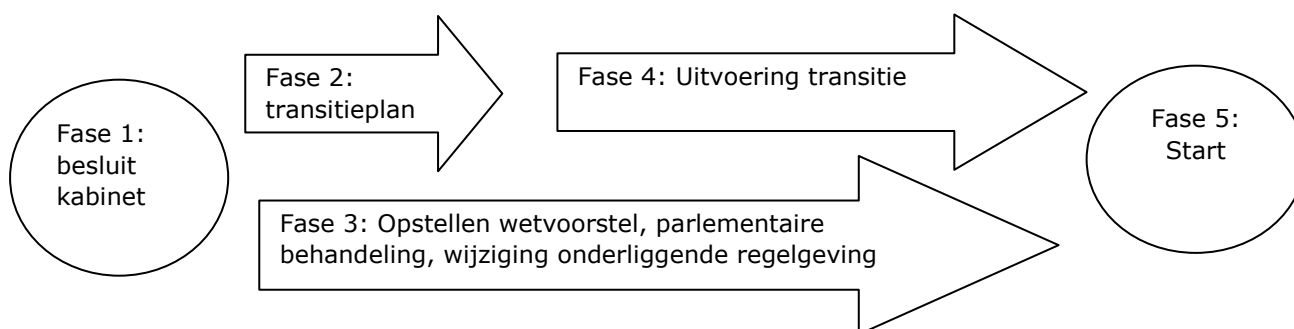
Bij de transitie naar een agentschap, hybride vorm of zbo zonder rechtspersoonlijkheid gaat het personeel over van de CAO van ProRail naar de arbeidsvoorwaarden Rijk en van het Spoorwegpensioenfonds naar het ABP. De meerkosten die de overgang van de arbeidsvoorwaarden ProRail en het SPF naar de arbeidsvoorwaarden Rijk en het ABP met zich brengen zijn met veel onzekerheid omgeven. Om die reden is een onafhankelijk bureau gevraagd deze in te schatten. PWC heeft een eerste indicatie gegeven van de kostenverhogende en kostenverlagende effecten bij overgang naar arbeidsvoorwaarden Rijk, zie het rapport van PWC bijgevoegd.

De kostenverhogingen ontstaan doordat bepaalde arbeidsvoorwaarden van het Rijk meer geld kosten dan de vergelijkbare arbeidsvoorwaarden van de huidige CAO van ProRail. De verlagingen kunnen ontstaan doordat andere arbeidsvoorwaarden van het Rijk minder geld kosten dan de vergelijkbare arbeidsvoorwaarden van de huidige CAO van ProRail. De vraag is vervolgens hoeveel de definitieve arbeidsvoorwaarden kosten. Hierover zal overleg met de vakbonden moeten worden gevoerd. PWC en BCG gaan er daarbij vanuit dat betere arbeidsvoorwaarden van toepassing zullen zijn en met de bonden overgangsregelingen moeten worden overeengekomen over de arbeidsvoorwaarden die bij het rijk minder goed zijn als in de huidige CAO van ProRail.

8.8 Doorlooptijden en vervolg

Voor de transitie dienen er – ongeacht de uiteindelijke publiekrechtelijke vorm - verschillende fasen te worden doorlopen, dit geldt zowel voor het instellen van een agentschap als voor een zbo:

- **Fase 1:** Het afronden van de voorliggende analyse en het kabinetsbesluit op de mogelijkheden om ProRail om te vormen tot een agentschap dan wel een zbo.
- **Fase 2:** Het uitvoeren van een due diligence onderzoek en opstellen van een transitieplan. Een due diligence richt zich op het in detail in beeld brengen van risico's van de transitie. Het transitieplan geeft aan hoe de transitie wordt uitgevoerd en hoe de risico's worden beheerst.
- **Fase 3:** Opstellen wetsvoorstel, de parlementaire behandeling daarvan en de wijziging van de onderliggende regelgeving.
- **Fase 4:** Uitvoeren van de transitie
- **Fase 5:** Start als publiekrechtelijke organisatie en daarna ontbinding ProRail BV.



De duur van de verschillende fasen in het proces is niet steeds voldoende precies te duiden. Zo geldt voor de wetgeving dat onzeker is hoe lang de parlementaire behandeling zal duren. Ook is op dit moment moeilijk te voorspellen in welke mate verschillende fasen elkaar (kunnen) overlappen. Zo hoeft niet elk onderdeel van de transitie te wachten tot de wetgeving in het Staatsblad is gepubliceerd, maar zullen wel delen van het transitieproces aan afronding van het

wetgevingsproces gebonden zijn. Dit alles zal in het transitieplan nader moeten worden gepreciseerd. PWC heeft ingeschat dat de omvorming van ProRail tot een agentschap, een hybride vorm of een zbo zonder rechtspersoonlijkheid 2 tot 8 jaar zal duren. Dit vanwege het feit dat het personeel andere arbeidsvoorwaarden en een ander pensioenregeling zal krijgen, wat de nodige onderhandelingen met zich zal brengen. Bij een zbo met rechtspersoonlijkheid is dat niet aan de orde. De verwachting is dat in de transitie naar een publiekrechtelijke zbo met rechtspersoonlijkheid de meest kritische factor voor de duur van de transitie het wetgevingsproces is. De duur van het wetgevingsproces wordt ingeschat op 2 tot 4 jaar.

Hoofdstuk 9 Samenvatting en conclusies

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een samenvatting gegeven van de belangrijkste aspecten om te komen tot de keuze voor een publiekrechtelijke organisatievorm voor ProRail. Per organisatievorm worden de in hoofdstuk 1 opgenomen analysekader doorlopen, namelijk:

- Sturingsverbeteringen
- Verbeteringen in de verantwoording
- Handvatten en kaders vanuit wetgeving en bestaand kabinetsbeleid
- Structurele effecten
- Transitiegevolgen

Het bovenstaande analysekader worden toegepast op de in deze analyse uitgewerkte organisatievormen:

- Agentschap,
- Zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid (onderdeel rechtspersoon Staat),
- Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid.

Ten aanzien van de hybride vorm (een combinatie van agentschap en zbo-bestuur waarbij de taken die onafhankelijkheid behoeven onder het zbo-bestuur vallen) geldt dat deze in de samenvatting en conclusie niet nader zal worden beschouwd. Deze uitwerking lijkt op dit moment complex en zou teveel tijd vragen en onzekerheid opleveren voor het personeel over waar zij in de toekomst in de organisatie zouden komen te vallen.

9.2 Samenvatting van de gevolgen per organisatievorm

9.2.1 Agentschap

Een agentschap is een intern verzelfstandigd in de uitvoering werkzaam dienstonderdeel van een ministerie dat een eigen sturingsmodel en financiële administratie heeft.

Sturingsverbeteringen

- De omvorming van ProRail tot een agentschap leidt tot betere mogelijkheden voor sturing. De bewindspersoon kan het agentschap langs de hiërarchische lijn aansturen. Dit betekent onder andere dat ze kan ingrijpen in de bedrijfsvoering, de begroting en het meerjarenbeleidsplan vaststelt, aanwijzingen kan geven, direct verantwoordelijk wordt voor de benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van de directie en directer op doelmatigheid kan sturen.
- De huidige sturingsafspraken zoals vastgelegd in de beheerconcessie kunnen in agentschapvorm worden voortgezet. Hiermee wordt gestuurd op prestaties, maatregelen, programma's, transparantie en samenwerking.
- Ten aanzien van de governance geldt dat deze met de introductie van een agentschap directer wordt. In de gehele governancelijn geldt immers dat de RvC wegvalt.

Verbeteringen in de verantwoording

- Ten opzichte van de huidige situatie worden de mogelijkheden voor verantwoording beter door de hiërarchische relatie tussen een bewindspersoon en een agentschap. Bovendien wordt het door de directe (en korte) lijn makkelijker om te verantwoorden en de bewindspersoon tijdig van informatie te voorzien.
- Ten aanzien van de financiële verantwoording geldt er een aantal verbeteringen bij omvorming tot een agentschap. Zo is er een functionele lijn tussen de decentrale controller en de financiële directeur van het agentschap. Dit zorgt voor een goede verantwoordingsrelatie, toezicht en de mogelijkheid tot escalatie. Ook kan de financiële afdeling van het ministerie periodiek (systeem)toetsen uitvoeren op de werking van de financiële functie van ProRail.
- De verantwoording richting burgers wordt beter doordat de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing wordt.

Consistentie met Europese wetgeving en het verzelfstandigingbeleid

- Bij de taken van ProRail hoort een aantal (essentiële) functies die onafhankelijk en onpartijdig moeten worden georganiseerd.
- Er zijn daarom in ieder geval aanvullende maatregelen noodzakelijk om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de (essentiële) functies (zijnde capaciteitsverdeling, gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning) van ProRail binnen de agentschapsvariant te borgen.
- Daarnaast zijn bij een keuze voor dit model extra maatregelen nodig om de onafhankelijkheid van het toezicht door de Inspectie Leefomgeving en Transport te borgen.
- Uit informeel gesprek met de ambtelijke dienst Europese Commissie blijkt dat het lastig maar niet onmogelijk is om dit te regelen binnen de agentschapsvariant.

Structurele effecten

- De gevolgen voor de vervoerders zijn afhankelijk van het wel of niet invoeren van een bestuursrechtelijk transactiemodel. De vormgeving van ProRail als agentschap vereist niet dat het private transactiemodel moet worden omgevormd. Indien er niets verandert aan dit transactiemodel zijn er geen structurele effecten te verwachten voor de vervoerders.
- Doordat bepaalde arbeidsvoorwaarden van het Rijk meer geld kosten dan de vergelijkbare arbeidsvoorwaarden van de huidige CAO van ProRail, ontstaan hogere structurele kosten. De verlagingen kunnen ontstaan doordat andere arbeidsvoorwaarden van het Rijk minder geld kosten dan de vergelijkbare arbeidsvoorwaarden van de huidige CAO van ProRail. De vraag is vervolgens hoeveel de definitieve arbeidsvoorwaarden kosten. Hierover zal overleg met de vakbonden moeten worden gevoerd. PWC en BCG gaan er daarbij vanuit dat betere arbeidsvoorwaarden van toepassing zullen zijn en met de bonden overgangsregelingen moeten worden overeengekomen over de arbeidsvoorwaarden die bij het rijk minder goed zijn als in de huidige CAO van ProRail.
- Ook heeft de overgang van arbeidsvoorwaarden van ProRail naar de CAO en het pensioen van het Rijk tot gevolg dat er minder makkelijk uitwisseling van kennis en personeel mogelijk is tussen aangesloten spoorpartijen. Dit komt doordat ProRail door de verandering in pensioen en CAO geen onderdeel meer uitmaakt van de sociale eenheid NS.
- Het overstappen binnen het Rijk naar een vergelijkbare organisatie als RWS wordt daarentegen eenvoudiger.
- Nader zal moeten worden gezien hoe de fiscale situatie van ProRail eruit zou zien als agentschap.

Transitie gevolgen

- Nader zal moeten worden gezien wat de fiscale gevolgen zijn van de transitie van ProRail BV naar ProRail als agentschap.

9.2.2 Zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid

Een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar bezag is bekleed, en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. Deze zbo is onderdeel van de rechtspersoon Staat.

Sturingsverbeteringen

- De omvorming van ProRail tot een zbo zonder rechtspersoonlijkheid leidt tot betere mogelijkheden voor de sturing ten opzichte van de huidige situatie, indien dit wordt geregeld in de instellingswet. De bewindspersoon krijgt de bevoegdheid de begroting (op grond van de Kaderwet zbo's) en het meerjarenbeleidsplan (op grond van de instellingswet) goed te keuren alsmede beleidsregels vast te stellen. Daarnaast wordt de bewindspersoon direct verantwoordelijk voor de benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van bestuursleden.
- De huidige sturingsafspraken zoals nu vastgelegd in de beheerconcessie kunnen bij een zbo worden voortgezet. Hiermee wordt gestuurd op prestaties, maatregelen, programma's, transparantie en samenwerking. Deze afspraken worden voor zbo's vastgelegd in de instellingswet en een ministeriële regeling.
- Ten aanzien van de governance geldt dat deze met de introductie van een zbo directer wordt. In de gehele governancelijn geldt immers dat de RvC wegvalt.
- Ten aanzien van de financiële aansturing geldt dat er aanvullende afspraken over financieel toezicht, escalatie en verantwoording moeten worden gemaakt (zoals het opstellen van een financieel meerjarenbeleidsplan) door deze in een toezichtkader (ministeriële regeling) op te nemen.

Verbeteringen in de verantwoording

- Ten opzichte van de huidige situatie worden de mogelijkheden voor verantwoording beter door specifieke beleidsregels op te stellen op basis van de instellingswet. Daarnaast kan geregeld worden dat een algemene informatiebevoegdheid wordt opgenomen op grond van de Kaderwet zbo's en doordat verantwoordingsinstrumenten die nu alleen op de concessie betrekking hebben dan op de gehele organisatie van toepassing worden. Concreet betekent dit dat er meer verantwoording dan nu zal plaatsvinden over compliance, op zaken die betrekking hebben op de continuïteit van de organisatie en de financiële bedrijfsvoering.
- De verantwoording richting burgers wordt beter doordat de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing wordt.

Consistentie met Europese wetgeving en het verzelfstandigingbeleid

- Bij de taken van ProRail hoort een aantal (essentiële) functies die onafhankelijk en onpartijdig moeten worden georganiseerd.
- Het lijkt goed mogelijk om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de capaciteitsverdeling, gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning van ProRail te borgen bij een keuze voor een zbo zonder eigen rechtspersoon met waar nodig aanvullende maatregelen via de instellingswetgeving.
- Binnen een zbo zonder eigen rechtspersoon lijkt de onafhankelijkheid van het toezicht door de Inspectie Leefomgeving en Transport te kunnen worden geborgd.

Structurele effecten

- De kosten, ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en pensioenen, zijn vergelijkbaar als bij een agentschap.
- Ook heeft de overgang van arbeidsvoorwaarden van ProRail naar de CAO en het pensioen van het Rijk tot gevolg dat er minder makkelijk uitwisseling van kennis en personeel mogelijk is tussen aangesloten spoorpartijen. Dit komt doordat ProRail door de verandering in pensioen en CAO geen onderdeel meer uitmaakt van de sociale eenheid NS.
- Nader zal moeten worden bezien hoe de fiscale situatie van ProRail eruit zou zien als agentschap.

Transitie gevolgen

- Nader zal moeten worden bezien wat de fiscale gevolgen zijn van de transitie van ProRail BV naar ProRail als agentschap.

9.2.3 Zbo met eigen rechtspersoonlijkheid

Een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar bezag is bekleed, en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister. Deze zbo heeft eigen rechtspersoonlijkheid.

Sturingsverbeteringen

- De omvorming van ProRail tot een zbo met rechtspersoonlijkheid leidt tot betere mogelijkheden voor sturing ten opzichte van de huidige situatie, indien dit wordt geregeld in de instellingswet. Dan krijgt IenM de bevoegdheid om de begroting en het meerjarenbeleidsplan, goed te keuren en beleidsregels vast te stellen en de bewindspersoon wordt direct verantwoordelijk voor benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van bestuursleden. De bewindspersoon krijgt de bevoegdheid de begroting en het meerjarenbeleidsplan goed te keuren, beleidsregels vast te stellen en ze wordt direct verantwoordelijk voor de benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van bestuursleden.
- De huidige sturingsafspraken zoals nu vastgelegd in de beheerconcessie kunnen bij een zbo worden voortgezet. Hiermee wordt gestuurd op prestaties, maatregelen, programma's, transparantie en samenwerking. Deze afspraken worden voor zbo's vastgelegd in de instellingswet en een ministeriële regeling.
- Ten aanzien van de governance geldt dat deze met de introductie van een zbo directer wordt. In de gehele governancelijn geldt immers dat de raad van commissarissen wegvalt.
- Ten aanzien van de financiële aansturing geldt dat er aanvullende afspraken over financieel toezicht, escalatie en verantwoording in de instellingswetgeving moeten worden gemaakt (zoals het opstellen van een financieel meerjarenbeleidsplan) door deze in een toezichtkader (ministeriële regeling) op te nemen.

Verbeteringen in de verantwoording

- Ten opzichte van de huidige situatie worden de mogelijkheden voor verantwoording beter door specifieke beleidsregels op te stellen op basis van de instellingswet en aansluiting bij de begrotingscyclus van het Rijk mogelijk te maken. Daarnaast kan geregeld worden dat een algemene informatiebevoegdheid wordt opgenomen op grond van de Kaderwet zbo's en doordat verantwoordingsinstrumenten die nu alleen op de concessie betrekking hebben op de

gehele organisatie van toepassing worden. Concreet betekent dit dat er meer verantwoording zal plaatsvinden over compliance, op zaken die betrekking hebben op de continuïteit van de organisatie en de financiële bedrijfsvoering.

- De verantwoording richting burgers wordt beter doordat de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing wordt.

Consistentie met Europese wetgeving en het verzelfstandigingbeleid

- Bij de taken van ProRail hoort een aantal (essentiële) functies die onafhankelijk en onpartijdig moeten worden georganiseerd.
- Het lijkt goed mogelijk om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de capaciteitsverdeling, gebruiksvergoeding, verkeersleiding en onderhoudsplanning van ProRail te borgen bij een keuze voor een zbo met eigen rechtspersoon met waar nodig aanvullende maatregelen via de instellingswetgeving.
- Bij een zbo met eigen rechtspersoon lijkt de onafhankelijkheid van het toezicht door de Inspectie Leefomgeving en Transport goed te kunnen worden geborgd.

Structurele effecten

- De omvorming van ProRail tot een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid biedt de mogelijkheid om beargumenteerd een uitzondering te verlenen van artikel 15 kaderwet zbo's teneinde de huidige rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van ProRail te behouden. Het personeel van ProRail blijft dan werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst en behoudt de eigen CAO. Dit dient in de instellingswetgeving te worden geregeld. Dit betekent dan ook dat er geen structurele kosten zijn verbonden aan de omvorming van de CAO.
- De omvorming van ProRail tot een zbo met eigen rechtspersoonlijkheid biedt de mogelijkheid om beargumenteerd ProRail uit te zonderen van het overheidswerkgeverschap in de zin van de WPA. In dat geval kan het personeel van ProRail bij het SPF blijven.
- Het behoud van CAO en pensioen, zorgt er ook direct voor dat er geen belemmeringen ontstaan om kennis en personeel uit te wisselen binnen de sector. ProRail kan onderdeel blijven uitmaken van de sociale eenheid NS.
- Nader zal moeten worden bezien hoe de fiscale situatie van ProRail eruit zou zien als agentschap.

Transitie gevolgen

- Nader zal moeten worden bezien wat de fiscale gevolgen zijn van de transitie van ProRail BV naar ProRail als agentschap.

9.3 Conclusies

Het bovenstaande leidt samengevat tot het volgende beeld. In alle onderstaande varianten gelden fiscale consequenties. Die zijn op dit moment nog onduidelijk en worden nader uitgewerkt.

Een agentschap:

Een transitie naar deze vorm zal leiden tot verbeterde sturing en verantwoording. Nadeel is dat het relatief moeilijk zal zijn om met deze organisatievorm te voldoen aan Europeesrechtelijke eisen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid omtrent de capaciteitsverdeling, het vaststellen van de gebruiksvergoeding, de verkeersleiding en de onderhoudsplanning. Dit geldt ook voor de onafhankelijkheid van de veiligheidsinstantie (ILT). Zowel het privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke transactiemodel is mogelijk. De kosten die uit de transitie voortvloeien zullen relatief hoog zijn en de transitie zal relatief lang duren.

Een zbo zonder rechtspersoonlijkheid:

Een transitie naar deze vorm zal leiden tot verbeterde sturing en verantwoording. Met een aantal aanvullende maatregelen in de instellingswetgeving kan worden voldaan aan de Europeesrechtelijke eisen inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De onafhankelijkheid van de ILT kan geborgd worden. De structurele kosten die uit de transitie voortvloeien zijn relatief hoog en de transitie zal relatief lang duren.

Een zbo met rechtspersoonlijkheid:

Een transitie naar deze vorm zal leiden tot verbeterde sturing en verantwoording. Met een aantal aanvullende maatregelen in de instellingswetgeving, waar nodig, kan worden voldaan aan Europeesrechtelijke eisen inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De onafhankelijkheid van de ILT kan geborgd worden. Als er wordt uitgegaan van het behoud van de huidige arbeidsvoorwaarden voor het personeel van ProRail (inclusief de pensioenregeling) en het behoud van het privaatrechtelijk transactiemodel dan zal de transitie relatief kort kunnen duren en brengt de transitie de minste kosten met zich mee.

Bijlage organisatievormen publiek - privaat

Rechtsvorm Kenmerken	Rijksdienst	Agentschap	Bestuur: publiekrechtelijk zbo zonder eigen rechtspersoonlijk- heid, apparaat: agentschap of dienst	Publiekrechtelijk zbo met eigen rechtspersoonlijkheid	Privaatrechtelijk zbo (voltijd)	Privaatrechtelijk zbo (deeltijd)	Beleidsdeelneming
Verantwoordelijk voor taakuitvoering	Minister	Minister	Directie Minister alleen stelselverantwoordelijk	Directie Minister alleen stelselverantwoordelijk	Directie Minister alleen stelselverantwoordelijk	Directie Minister alleen stelselverantwoordelijk	Raad van Bestuur Minister alleen stelselverantwoordelijk
Wijze van aansturing	Direct/hiërarchisch ondergeschikt	Direct/hiërarchisch ondergeschikt	Apparaat via mandaat en via bevoegdheden uit Kaderwet zbo's en Instellingswet	Via bevoegdheden uit Kaderwet zbo's en Instellingswet	Via bevoegdheden uit Kaderwet zbo's, Instellingswet en statuten	Via bevoegdheden uit Kaderwet zbo's en Instellingswet	Via bevoegdheden uit statuten, Burgerlijk Wetboek, spoorwegwet, AMvB capaciteitsverdeling en concessie
Administratie en verslaglegging	Onderdeel begroting en jaarverslag IenM	Onderdeel begroting en jaarverslag IenM	Onderdeel begroting en jaarverslag IenM + eigen jaarverslag	Eigen begroting en jaarverslag	Eigen begroting en jaarverslag	Eigen begroting en jaarverslag	Eigen begroting en eigen jaarverslag (half)jaarlijkse verantwoording op beheerplan Jaarlijkse subsidieverantwoording Eigen administratie (incl. materiële vaste activa administratie)
Rechtspositie personeel / pensioenfonds	Medewerkers zijn ambtenaren, CAO Rijk van toepassing ABP	Medewerkers zijn ambtenaren, CAO Rijk van toepassing ABP	Medewerkers zijn ambtenaren, CAO Rijk van toepassing ABP	Medewerkers zijn ambtenaren. Bij een aantal zbo's is er sprake van een uitzonderingssituatie en hebben medewerkers privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten. eigen CAO. ABP danwel eigen pensioenfonds	Medewerkers hebben privaatrechtelijke arbeidsovereen- komsten, eigen CAO. ABP danwel eigen pensioenfonds	Medewerkers hebben privaatrechtelijke arbeidsovereen- komsten, eigen CAO. Eigen pensioenfonds.	Medewerkers hebben privaatrechtelijke arbeidsovereen- komsten, eigen CAO. Eigen pensioenfonds.
Interne toezichthouder	Geen	Geen	Geen	Beleid: geen raden van toezicht; echter bij een aantal zbo's voorziet de instellingswet in een Raad van Toezicht.	Bij diverse zbo's voorziet de instellingswet in een Raad van Toezicht.	Geen	Raad van Commissarissen
Wijze van bekostiging	Uit rijksbegroting	Uit rijksbegroting	Uit rijksbegroting	Uit gebruikerstarieven of uit rijksbegroting	Uit gebruikerstarieven of uit rijksbegroting	Uit gebruikerstarieven of uit rijksbegroting	Subsidie uit de rijksbegroting + gebruikerstarieven + opbrengsten publieke en private partijen
Relevante governance kaders	Comptabiliteitswet	Comptabiliteitswet en Regeling Agentschappen	Kaderwet zbo's en Circulaire Governance t.a.v. zbo's; Voor apparaat: comptabiliteitswet en Regeling Agentschappen	Kaderwet zbo's en Circulaire Governance t.a.v. zbo's	Kaderwet zbo's en Circulaire Governance t.a.v. zbo's Burgerlijk Wetboek	Kaderwet zbo's en Circulaire Governance t.a.v. zbo's Burgerlijk Wetboek	Burgerlijk Wetboek Staatsdeel- nemingenbeleid, Spoorwegwet en comptabiliteitswet