

MR. P.A. JOSEPHUS JITTA / MR. H.A. SCHAAP

Privatiseer, maar met mate...?

De privatisering van de Nederlandse energiesector nader beschouwd

Sinds 1 juli 2004 is de Nederlandse energiemarkt volledig geliberaliseerd. Consumenten en bedrijven kunnen hierdoor zelf bepalen welk energiebedrijf hun gas en elektriciteit levert. Met deze laatste stap in het liberaliseringsproces lijkt Nederland in de pas te lopen met Europa. Nederland zou echter Nederland niet zijn, als het niet vóór wil lopen op de rest van Europa. Waar in de meeste Europese landen de scheiding tussen de energiebedrijven en hun netwerken ('unbundling') de facto veelal slechts organisatorisch van aard is, stevent Nederland af op een volledige scheiding van deze twee. Europese richtlijnen op dit gebied vereisen weliswaar dat het netwerkbedrijf in een zelfstandige juridische entiteit wordt ondergebracht en op die manier gescheiden wordt van de leverings- en productiepool, maar eigendom van de netten hoeft hierbij niet afgescheiden te worden.

De laatste stap richting volledige marktwerking is privatisering van de energiesector. Daarvan is nog geen sprake. Vrijwel alle Nederlandse energiebedrijven zijn verticaal geïntegreerd, met zowel een commerciële leverings- en productiepool als een pool die het net beheert, het netwerkbedrijf. Omdat voor deze laatste een wettelijk privatiseringsverbod geldt¹, zijn op dit moment vrijwel alle Nederlandse energiebedrijven nog in publieke handen. Alhoewel privatisering vanuit Europees perspectief niet verplicht is, is de minister van Economische Zaken in voor privatisering van de energie-sector. Ook hier lijkt Neder-

land dus te opteren voor een plek in de Europese voorhoede. Het is echter de vraag of privatisering van de netwerkbedrijven politiek haalbaar zal zijn. De laatste jaren is een kamerbrede meerderheid hier in ieder geval fervent tegenstander van gebleken. Het belangrijkste argument voor het instandhouden van het huidige publiek eigendom van netwerkbedrijven is dat dit de beste waarborg vormt voor het publiek belang. Is dit wel zo? Of zijn er – betere – alternatieven? Een analyse.

Van liberalisering naar privatisering

Liberalisering betekent volgens Van Dale 'de bevrijding van beperkende of belemmerende voorschriften'. Liberalisering van de energiesector komt voort uit de Europese wens om een volledig operationele interne energiemarkt tot stand te brengen, die door eerlijke concurrentie wordt gekenmerkt en de continuïteit van de Europese energievoorziening kan waarborgen. Op dit moment is van één interne Europese energiemarkt nog geen sprake.

De recent voltooide volledige liberalisering van de Nederlandse energiesector moet de concurrentie tussen de energiebedrijven bevorderen. De huidige minister van Economische Zaken wil volledige marktwerking creëren door ook de vervolgstap tot privatisering te zetten. Privatisering wil volgens Van Dale zeggen 'het overlaten van overheidstaken aan het bedrijfsleven en/of particulieren'. Het kenmerkende verschil tussen liberalisering en privatisering is

¹ Door de (gedeeltelijke) invoering van de I&I Wet is de wettelijk vastgestelde datum van 1 januari 2005 vervangen door de mogelijkheid om bij ministeriële regeling een datum vast te stellen om instemming met een verzoek tot privatisering te onthouden (artikelen 93 lid 4 Elektriciteitswet 1998 en 85 lid 4 Gaswet).

gelegen in de rol van de overheid. Bij liberalisering zorgt de overheid voor een concurrerende markt, maar blijven de betrokken ondernemingen (in belangrijke mate) eigendom van de overheid. Bij privatisering gaan taken, die voorheen in overheidshanden waren, over in handen van private partijen. Het ministerie van Economische Zaken verengt de definitie van privatisering zelfs tot 'het *verkopen* van overheidseigendom aan private partijen'².

Privatisering van netwerkbedrijven is nog niet aan de orde.³ De minister van Economische Zaken heeft aangekondigd hier eerst in 2007 over te besluiten. Privatisering van energieproductiebedrijven, commerciële leverings- en distributiebedrijven is wel toegestaan, mits zonder netwerkbedrijf. Leverings- en distributiebedrijven zijn voornamelijk niet zo in trek bij buitenlandse partijen. Het gaat deze partijen vooral om de netwerken. Deze belichamen namelijk tot zo'n 70-80%⁴ van de waarde van de activa van de energiebedrijven en zijn naast stabiele kasstroomgeneratoren tevens belangrijk (als zekerheid) voor de concernfinanciering.

Volledige unbundling

De minister wil vóór 2007 wel een volledige ontvlechting van alle geïntegreerde energiebedrijven tot stand hebben gebracht door een juridische en (bedrijfs)economische scheiding tussen netwerkbedrijf enerzijds en leverings- en productiebedrijf anderzijds. Dit zou de onafhankelijkheid en de financieringsmogelijkheden (door bezit van economisch eigendom van het netwerk⁵) van de netbeheerder moeten vergroten en tevens een beter controlebaar toezicht op de netbeheerder mogelijk moeten maken.⁶ De minister is van mening dat een afgesplitst netwerkbedrijf eenvoudiger te reguleren is, omdat het verbreken van intra-concernrelaties volgens hem de transparantie aanzienlijk vergroot en kruissubsidi-

ëring doet verdwijnen. Het netwerkbedrijf, de netbeheerder, dient de netwerken dan (juridisch en economisch) in eigendom te hebben en dient direct onder de nu nog vrijwel geheel publieke aandeelhouders geïntegreerd te worden. Gangbare groepsstructuren, waarbij een topholding de aandelen houdt van en de leiding heeft over zowel het netwerkbedrijf als het productiebedrijf en het leveringsbedrijf, zijn dan niet meer mogelijk. Een dergelijke splitsing gaat verder dan de unbundling die de tweede Europese elektriciteitsrichtlijn en gasrichtlijn⁷ aan alle lidstaten opleggen. Deze houdt in, dat vanaf 1 juli 2004 zowel de gas- als de elektriciteitstransportnetbeheerders, en uiterlijk 1 juli 2007 ook de distributienetbeheerders, juridisch gescheiden moeten zijn van de leverings- en productieactiviteiten.⁸ Lidstaten behoeven echter niet van hun verticaal geïntegreerde energiebedrijven te verlangen dat zij de eigendom van hun netwerken afscheiden naar het netwerkbedrijf.

De door de minister voorgestane scheiding zal van vergaande betekenis zijn voor de Nederlandse energiesector. De energiebedrijven raken immers hun belangrijkste 'asset' kwijt, die tevens hun stabielste inkomstenbron is. Bovendien moet hun huidige bedrijfsmodel volledig op de schop. Het is dus niet zomaar een maatregel. Bovendien is de vraag legitiem, of de minister met deze maatregel niet reeds een beslissende zet doet in de nog te voeren privatiseringsdiscussie. Door de netwerkbedrijven te separeren, zal straks immers gemakkelijker kunnen worden besloten om de netwerkbedrijven (nog) niet te privatiseren. Nederland is voornamelijk het enige Europese land dat een dergelijke opsplitsing van de energiesector voorstaat. Dit komt het beoogde Europese 'level playing field' niet ten goede en zal de concurrentiepositie van de Nederlandse energiebedrijven in belangrijke mate verzwakken ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten. In geen enkel ander

2 Zie woordenlijst samengesteld door het ministerie van Economische Zaken, te vinden via www.kiesenergie.nl

3 Voor het van kracht worden van het privatiseringsverbod zijn enkele geïntegreerde energiebedrijven al wel geprivatiseerd. OBRAGAS en Haarlemmermeer Gas bijvoorbeeld zijn overgenomen door het Duitse RWE.

4 Zie ook Advies van de Algemene Energieraad, beleidsopties voor de Nederlandse elektriciteitsmarkt in Europees perspectief, 'Behoedzaam Stroomopwaarts', maart 2004, p. 11.

5 Door bezit van economisch eigendom van het net zou de netbeheerder de beschikking krijgen over de financieringsbron voor de uitvoering van wettelijke taken. Zie p. 14 van de Kamerbrief d.d. 31 maart 2004, TK 2003-2004, 28 982, nr. 18.

6 Kamerbrief d.d. 31 maart 2004, TK 2003-2004, 28 982, nr. 18.

7 Richtlijn 2003/54/EG van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor de elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996, PbEG 15 juli 2003 (de Elektriciteitsrichtlijn), L176/37 en Richtlijn 2003/55/EG van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG van 22 juni 1998, PbEG 15 juli 2003, L176/57 (de Gasrichtlijn).

8 Artikelen 10 en 15 van de Elektriciteitsrichtlijn en 9 en 13 van de Gasrichtlijn.

Europees land behoeven energiebedrijven hun netten aldus af te splitsen. Buitenlandse energiebedrijven behouden dus deze voor hun bedrijfsvoering zo wezenlijke 'asset'.⁹ De minister verwacht echter dat het niet is tegen te houden dat de in Europees perspectief gezien kleine Nederlandse energiebedrijven op den duur worden overgenomen door internationale ondernemingen, met of zonder netwerk. Hij is van mening dat de Nederlandse markt in dit proces van internationalisering en concentratie beter af is als het netwerk een geheel onafhankelijke rol vervult.

Lang niet alle netwerkbedrijven beschikken over de economische eigendom van de netten, laat staan over de juridische eigendom hiervan. Het juridische eigendom van de netten bevindt zich over het algemeen bij de houdstermaatschappij of een andere werkmaatschappij van het energiebedrijf. Indirect zit de juridische eigendom van de netten hierdoor bij de huidige aandeelhouders (regionale overheden). De minister van Economische Zaken wenst naar volledige scheiding tussen netwerkbedrijf (de netbeheerder) en leverings- en productiebedrijf tevens een verplichte overdracht van de economische eigendom aan de netbeheerder, voorzover dat nog niet gebeurd is. Gezien de huidige eigendomsverhoudingen kan deze herschikking niet plaatsvinden zonder dat de (aandeelhouders van de) netwerkbedrijven beschikken over de (juridische en economische) eigendom van de netwerken. Dit is een groter issue dan het op het eerste gezicht lijkt. Omdat veelal de netwerkpoot nog geen juridisch eigenaar van de netten is, zal eerst een overdracht daarvan moeten plaatsvinden. Op dit moment is door het ontbreken van specifieke wetgeving en jurisprudentie¹⁰ echter niet duidelijk wie precies de eigendom van de netwerken heeft: de eigenaar van de grond of de aanlegger/exploitant van het netwerk? Dit compliceert de gewenste overdracht aanzienlijk en dient eerst – via wetgeving – te worden geregeld. De onzekerheid op dit punt zal nog wel

even voortduren. Een recent wetsvoorstel om in de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet te regelen dat het netwerk eigendom is van de aanlegger of degene aan wie het net rechtsgeldig is overgedragen, heeft het niet gehaald.¹¹ In plaats daarvan is het nu de bedoeling dat een generiek artikel in het Burgerlijk Wetboek wordt opgenomen, zodat de nieuwe eigendomsregel niet alleen voor energienetwerken zal gelden, maar ook voor bijvoorbeeld rioleringsstelsels en waterleidingen.

De overdracht van de economische eigendom naar de wettelijk aangewezen netbeheerders zal voorlopig nog niet gerealiseerd worden. De minister heeft in zijn brief van 18 juni 2004¹² aangegeven dat de exacte vormgeving van de splitsing van de activiteiten in het najaar zal zijn uitgewerkt en dat op dat moment ook een beslissing zal worden genomen over het tijdstip waarop de overdracht van de economische eigendom van de regionale energienetwerken aan de wettelijk aangewezen netbeheerders haar beslag krijgt. De minister wil hiermee vermijden dat de bedrijven in een betrekkelijk korte tijd twee keer moeten reorganiseren en dus extra kosten zouden moeten maken, zowel bij de overdracht van de economische eigendom binnen de huidige verticaal geïntegreerde concerns als bij de splitsing van die concerns. Het is afwachten of hiermee ook duidelijkheid komt over de wijze waarop de economische eigendom zal worden overgedragen en of de definitie van 'economisch eigendom'¹³ die recentelijk in de wet is opgenomen, werkbaar blijkt. Kortom: het laatste woord over de splitsing van (eigendom van) energiebedrijven lijkt nog niet gesproken.

Waarborging publiek belang energiesector

Uitgangspunt bij de ordening van netwerksectoren, zoals de energiesector, zijn de publieke belangen in die sector. Volgens de notitie Publieke belangen en

9 Zie ook Advies van de Algemene Energieraad, beleidsopties voor de Nederlandse elektriciteitsmarkt in Europees perspectief, 'Behoedzaam Stroomopwaarts', maart 2004, p. 7 en 78 e.v.

10 De Hoge Raad heeft op 6 juni 2003 wél bepaald dat kabelnetwerken onroerend zijn. (HR 6 juni 2003, nrs. 36075 en 36076, BR 2003, nrs. 188 en 189, p. 819 e.v.) De Elektriciteitswet 1998 noch de Gaswet voorziet evenwel in een artikel vergelijkbaar met artikel 5 lid 6 uit de Telecommunicatiewet dat bepaalt dat het netwerk eigendom wordt van de aanlegger of diens rechtsopvolger.

11 Voorstel bepaling 9b Elektriciteitswet 1998 en 1a Gaswet, nota van wijziging, TK, 29 372, nr. 11; aanpassing bepaling, tweede nota van wijziging, TK, 29 372, nr. 20; verval van bepaling, derde nota van wijziging, TK, 29 372, nr. 51.

12 Kamerbrief d.d. 18 juni 2004.

13 'Het krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en het gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed voor zijn rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is' (artikelen 1 lid 1 sub aa Elektriciteitswet 1998 en 1 lid 1 sub u Gaswet).

marktordening¹⁴ is een publiek belang een maatschappelijk belang waarvoor de overheid de eindverantwoordelijkheid neemt, omdat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Het publiek belang van een veilige, doelmatige, betrouwbare, efficiënte, duurzame, op concurrentie gebaseerde en betaalbare energievoorziening¹⁵ is evident. Wordt dit belang nu het best gewaarborgd via het behoud van het publiek eigendom van netwerken? Wat zijn eventuele alternatieven? Voor een antwoord op deze vragen dient eerst te worden verkend wat de overheid terzake beoogt met privatisering van de energiesector en met waarborging van het publiek belang.

De Minister heeft in zijn brief van 31 maart 2004 aan de Tweede Kamer¹⁶ zijn visie gegeven op de privatisering van de energiebedrijven. In hoofdlijnen komt deze visie erop neer, dat het belang van de afnemer – consumenten en bedrijven – voorop moet blijven staan. Energie moet voor afnemers betrouwbaar zijn en tegen redelijke prijzen beschikbaar. Marktwerving is daarbij volgens de minister geen doel op zich, maar een mechanisme om de energiebedrijven tot maximale prestaties aan te zetten. Op de middellange termijn voorziet hij in Europa een tendens naar verdere internationalisering. De Nederlandse bedrijven zullen volgens hem deel gaan uitmaken van internationale ondernemingen, die met elkaar concurreren op de Europese markt. Als gezegd, vindt de minister dat de Nederlandse markt beter af is in dit proces van internationalisering en concentratie in Europa als het netwerk een geheel onafhankelijke rol vervult. Via dit onafhankelijke netwerk kunnen diverse internationale ondernemingen dan concurreren om de gunsten van de Nederlandse afnemers. Een belangrijke stap voor de uitvoering van zijn energiebeleid is voormelde splitsing van de Nederlandse energiebedrijven in een leverings- en productiebedrijf enerzijds en een netwerkbedrijf anderzijds. De zeggenschap over de netwerkbedrijven dient wat de minister betreft gedurende dit proces bij de huidige, publieke aandeelhouders te blijven. Overheidseigendom fungeert hier als – tijdelijk? – instrument ter waarborging van voormeld publiek belang. Dit is op

zich opmerkelijk. De minister heeft immers eerder¹⁷ het standpunt ingenomen dat aandeelhouderschap (lees: eigendom van netwerken) niet het geschikte middel is om het publiek belang van de energiesector te waarborgen. Dit geldt des te meer, nu de aandeelhouder in een netwerkbedrijf door sectorspecifieke regelgeving maar een beperkte rol heeft. De aandeelhouder mag zich bijvoorbeeld niet bemoeien met de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerder. De Elektriciteitswet 1998 bepaalt voorts dat de leden van het bestuur en de meerderheid van de raad van commissarissen geen directe of indirecte binding mogen hebben met een aandeelhouder van de netbeheerder.¹⁸

Instrumenten ter waarborging van publieke belangen

Naast overheidseigendom van energienetwerken vormen regelgeving en toezicht een tweede instrument ter waarborging van het publiek belang. Door het recent (gedeeltelijk) in werking getreden wetsvoorstel ter 'wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met de implementatie en aanscherping toezicht netbeheer'¹⁹ (de I&I Wet), zijn regelgeving en toezicht aanzienlijk verscherpt. Zo mag de Dienst uitvoering en toezicht energie (DTe) – ook in de gasector – nu een last onder dwangsom en bestuurlijke boetes opleggen tot 10% van de jaaromzet van de overtreder. De minister heeft zelf ook meer handhavingmogelijkheden gekregen. Zo is onder meer een van de banksector²⁰ afgekeken regeling opgenomen om in te grijpen in geval van tekortkomingen van het netwerkbedrijf. De minister heeft hiermee de mogelijkheid om het bestuur van een netbeheerder in ernstige, maar herstelbare gevallen – zoals bij administratieve chaos – tijdelijk onder specifiek toezicht te plaatsen door aanstelling van een zogenoemde stille curator.²¹ Deze stille curator kan opdrachten geven over de wijze waarop de netbeheerder moet opereren. De bestuurders van de netbeheerder zijn gehouden deze opdrachten op te volgen. Doen zij dat niet, dan riskeren zij krachtens de nieuwe artikelen 13a lid 5 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 5a lid 5 van de Gaswet persoonlijke

14 Publieke belangen en marktordening, TK, 27 018, nr. 1.

15 Bijlage bij Kamerbrief d.d. 31 maart 2004, TK 2003-2004, 28 982, nr. 18, p. 8.

16 Kamerbrief d.d. 31 maart 2004, TK 2003-2004, 28 982, nr. 18.

17 Zie bijvoorbeeld Bijlage bij Kamerbrief d.d. 31 maart 2004, TK 2003-2004, 28 982, nr. 18, p. 6 en 7.

18 Zie hiervoor artikel 3 lid 2 sub b en d van de Gaswet en de artikelen 11 lid 2 sub b en d en 11a lid 6 van de Elektriciteitswet 1998.

19 Staatsblad 2004, 328 en 329. De inwerkingtreding van de wetten is gepubliceerd in Staatsbad 2004, 330.

20 Memorie van toelichting I&I Wetsontwerp, TK 2003-2004, 29 372, nr. 3, p. 22.

21 Artikel 13a Elektriciteitswet 1998 en artikel 5a Gaswet.

aansprakelijkheid tegenover de netbeheerder. De directie van het netwerkbedrijf zal tevens geen belangrijke besluiten kunnen nemen of uitvoeren zonder medewerking van de stille curator. De stille curator kan door de minister ook worden aangewezen als overgangsmaatregel naar aanwijzing van een andere netbeheerder.

De minister zal tevens zijn tanden kunnen laten zien door een bindende aanwijzing te geven en in het ergste geval, als ultimum remedium, de aanwijzing tot netbeheerder in te trekken en de falende netbeheerder te verplichten tot overdracht van de economische eigendom van het netwerk aan een door de minister aan te wijzen derde partij. Volgens prof. mr. P. de Haan²² komt een dergelijke gedwongen overdracht van economische eigendom materieel neer op onteigening. De Haan geeft aan dat voor een dergelijk privaatrechtelijk dwangregime onvoldoende wettelijke basis is. Er is nog niet voorzien in een speciale onteigenings- of vorderingsbevoegdheid, die voor een gedwongen overdracht aan de andere netbeheerder noodzakelijk zou zijn. In reactie daarop heeft de minister aangegeven dat hij met deze regeling geen reële executie op het oog had. In de situatie dat onmacht of onwil van de falende netbeheerder aan overdracht van de economische eigendom in de weg staan, zouden de aan de minister/DTe ter beschikking staande dwangmiddelen hun werk moeten doen om de beschikking over het net overgedragen te krijgen.²³

Volgens de Algemene Energieraad²⁴, die de regering adviseert over energie gerelateerde vraagstukken, zijn de instrumenten regelgeving en toezicht enerzijds en overheidseigendom van netwerkbedrijven anderzijds communicerende vaten. Zolang regelgeving en toezicht nog niet feilloos werken, dient volgens de Energieraad bij privatisering van de energiesector tevens gekozen te worden voor sturing via – al dan niet gedeeltelijk – overheidseigendom. Daarnaast is het volgens de Energieraad juridisch (te) complex om uitsluitend te (kunnen) vertrouwen op publiekrechtelijke bevoegdheden voor overheidsingrijpen bij wanbeheer van energienetwerken.

Gradaties van publiek eigendom netwerkbedrijven

De tijd en de praktijk zullen uitwijzen of de I&I Wet de beoogde versterking van de regulering van en het toezicht op de energiesector oplevert. Een voller 'regulerings- en toezichtsvat' zou volgens de Energieraad een leger 'publiek eigendomsvat' mogelijk maken. De Energieraad oppert hiertoe in haar rapport 'Net nog niet' drie varianten tussen 100% publiek eigendom enerzijds en 100% privaat eigendom van netwerkbedrijven anderzijds. Deze varianten zijn erfpacht, concessies en 'gouden aandelen'.

De erfpachtconstructie is uitgebreid beschreven door De Haan en komt er in het kort op neer, dat de juridische eigendom van de netten bij de overheid blijft. Via een langdurige erfpacht komt de economische eigendom bij de netwerkbedrijven. In de erfpachtvoorwaarden kan worden vastgelegd dat bij wanbeheer de erfpacht eindigt. Ook bij het concessiemodel blijft de juridische eigendom bij de overheid, maar wordt de economisch eigendom voor een bepaalde periode 'in concessie' gegeven. Na deze periode wordt de concessie opnieuw in concurrentie uitgegeven. Het idee van de 'gouden aandelen' constructie is dat de overheid een minderheidsaandeel met bijzondere zeggenschap houdt in de netwerkbedrijven. In een aandeelhoudersovereenkomst kunnen voorts additionele afspraken worden gemaakt over zeggenschap van deze minderheidsaandeelhouder over bepaalde vitale belangen. Gouden aandelen zijn vanuit Europeesrechtelijk perspectief geoorloofd voor ondernemingen die zijn belast met taken van openbare orde, openbare veiligheid of andere diensten van algemeen belang. Het Europese Hof van Justitie heeft onder meer in een procedure tegen de Belgische Staat over diens aandeel in de energiedistributiebedrijven NMP en Distrigas geoordeeld, dat niet voorbij mag worden gegaan aan de gerechtvaardigde wens van de lidstaten om bepaalde invloed te houden in geprivatiseerde ondernemingen, die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang. Wel worden dan aan de bevoegdheden van de overheid voorwaarden gesteld. Kort en goed dienen deze bevoegdheden geschikt te zijn voor de verwezenlijking van het betreffende publieke belang en mogen zij niet verder strekken dan noodzakelijk voor

22 Bijlage I bij Advies van de Algemene Energieraad over de organisatie en het eigendom van energienetten, 'Net nog niet', december 2003; prof. mr. P. de Haan, 'Eigendomsverhoudingen bij privatisering van energiebedrijven'.

23 Nota n.a.v. het verslag, TK 2003-2004, 29 372, nr. 10, p. 27 en 28.

24 Advies van de Algemene Energieraad over de organisatie en het eigendom van energienetten, 'Net nog niet', december 2003.

het bereiken van dat belang.²⁵ Het Europese Hof van Justitie staat een strikte benadering voor: belemmering van het vrije kapitaalverkeer wordt al snel aangenomen.

Vanuit politiek perspectief is de optie '100% privaat eigendom' nog altijd een heet hangijzer. Is dit terecht? Brengt deze optie, zoals vaak betoogd, te grote risico's met zich, indien het publieke belang nog niet adequaat kan worden geborgd met regelgeving en toezicht, of bij het falen van wettelijke maatregelen tegen wanbeheer? In zijn advies²⁶ over de mogelijkheid voor de overheid om juridische instrumenten te creëren om wanbeheer van de netten te voorkomen, gaat De Haan snel voorbij aan de optie van volledig privatiseren. Zonder veel aandacht te besteden aan eventuele alternatieven komt De Haan tot de conclusie dat de overheid als (bloot) juridisch eigenaar en erfverpachter een effectief en efficiënt instrument in handen heeft om wanbeheer tegen te gaan. Dit lijkt ons wat kort door de bocht.

De Energieraad wijst erop dat voor een goed onderbouwde beslissing over de te kiezen privatiseringsvariant nader onderzoek nodig is. Dergelijk onderzoek moet nog plaatsvinden. Desondanks lijkt de minister van de vijf door de Energieraad geschetste 'eigendomsgradaties' reeds gekozen te hebben voor 100% publiek eigendom van de netwerkbedrijven. Deze keuze geldt in ieder geval tot 1 januari 2007, de datum waarop volledige unbundling van de energiebedrijven moet zijn gerealiseerd.

De argumenten om de juridische eigendom van netwerkbedrijven in overheidshanden te behouden, zijn dat

- (i) door transparantie beter toezicht kan worden gehouden;
- (ii) geen kruissubsidiëring meer plaatsvindt; en
- (iii) een onafhankelijk netwerk op den duur een betere positie in het internationale speelveld creëert.

Hier valt het nodige tegenin te brengen.

Het toezicht op volledig van de huidige leverings- en productiebedrijven gesepareerde netwerkbedrijven lijkt op het eerste gezicht inderdaad eenvoudiger. Maar is dat ook zo? De eenmaal verzelfstandigde regionale netwerkbedrijven zullen waarschijnlijk al snel samensmelten tot één of enkele grote(re), landelijke netwerkbedrijven. Hierdoor kan een nieuwe vorm van kruissubsidiëring ontstaan (tussen het ene netwerk(deel) en het andere). Dit zou het gewenste toezicht wederom kunnen bemoeilijken. En is het toezicht niet reeds voldoende gewaarborgd met de door de I&I Wet aanzienlijk uitgebreide informatieverplichtingen van de netwerkbedrijven en de informatierechten van de minister en de DTe? Voorts creëert een onafhankelijk netwerk(bedrijf), zoals aangegeven, niet noodzakelijkerwijze een betere positie voor de huidige Nederlandse energiebedrijven. En waarom kiezen voor (juridisch) overheidseigendom van de netten? Tenslotte is het ons inziens geen uitgemaakte zaak, dat handhaving van de wettelijke taken van de netbeheerder altijd beter gewaarborgd is bij publiek eigendom dan bij privaat eigendom van netwerkbedrijven. In het (recente) verleden is overheids-eigendom immers lang niet altijd een garantie voor succes gebleken. Bij de Nederlandse Spoorwegen werd ondanks het overheidseigendom jarenlang en structureel te weinig geïnvesteerd in het onderhoud van het spoorwegnetwerk. Bij het vaste telefonienetwerk van de rechtsvoorgangster van KPN vond lange tijd weinig innovatie plaats. Overheidsbedrijven hebben nog altijd de naam minder doelmatig en efficiënt te zijn dan private bedrijven. De belangrijkste prikkel voor een netwerkbedrijf om voldoende te investeren in de kwaliteit van haar netwerk zal besloten liggen in het kwaliteitsreguleringsstelsel van de DTe dat vanaf 2005 geldt. Dit stelsel beloont netbeheerders die beter presteren dan de norm met een toegestaan hoger tarief. Publiek of privaat eigendom speelt hierbij dus geen rol. Ook de Energieraad waarschuwt de minister in haar rapport 'Behoedzaam Stroomopwaarts', dat continuering van het publiek eigendom van netwerkbedrijven niet bij voorbaat in het voordeel van burgers en bedrijfsleven behoort te zijn.

25 HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-503/99, *JOR* 2002/115 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/België). Zie ook in die reeks van arresten: HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-367/98, *JOR* 2002/113 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/Portugal), HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-483/99, *JOR* 2002/114 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/Frankrijk). Op 23 mei 2003 bevestigt het HvJ EG de strikte benadering in de arresten HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-463/00 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/Spanje) en HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-98/01 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/Verenigd Koninkrijk).

26 Bijlage I bij Advies van de Algemene Energieraad over de organisatie en het eigendom van energienetten, 'Net nog niet', december 2003; prof. mr. P. de Haan, 'Eigendomsverhoudingen bij privatisering van energiebedrijven'.

Alternatieven

Verplicht overheidseigendom is een vergaande maatregel. Er zijn ons inziens goede alternatieven denkbaar naast de reeds door de Energieraad genoemde mogelijkheden van afnemende overheidsinvoer.

De minister lijkt te willen regelen dat de netbeheerder slechts kan beschikken over de economische eigendom²⁷ en daarmee niet over de (blote) juridische eigendom. Dit juridische eigendom zou bij de overheid moeten blijven, waarmee de minister een middel achter de hand heeft om de netbeheerder te kunnen bewegen in geval van wanbeheer zijn netwerk economisch aan een andere netbeheerder over te dragen. Een dergelijk ingrijpend middel lijkt ons een stap te ver. Immers, uit voorzorg wordt aldus aan alle netbeheerders het juridisch eigendomsrecht van het netwerk onthouden, nog vóórdat er sprake is van enig wanbeheer. De medicatie wordt als het ware al aan de patiënt toegediend, vóórdat deze ziek is. We constateerden reeds dat op dit moment adequate regelgeving ontbreekt voor gedwongen overdracht van economisch eigendom aan een andere netbeheerder in geval van wanbeheer door een netbeheerder. Met concrete op de nutsectoren/nutsvoorzieningen toegespitste wetgeving, die een wettelijke basis schept voor gedwongen overdracht van economisch eigendom in een specifiek geval van wanbeheer, is dergelijke medicatie vóóraf ons inziens niet nodig.

Een tweede alternatief kan zijn gelegen in het stellen van vergaande, al dan niet civiel-juridische voorwaarden aan privatiseringsverzoeken krachtens artikel 93 Elektriciteitswet 1998 en/of artikel 85 Gaswet. Bij eerdere (pogingen tot) privatisering binnen de energiesector is hiermee inmiddels de nodige ervaring opgedaan. Indien de minister een minder

ad hoc beleid zou wensen te voeren, zou hij ook kunnen opteren voor het sluiten van een privatiseringsconvenant met de energiesector. In een dergelijke convenant kan de overheid eveneens vergaande – civiel-juridische – verplichtingen van de daarbij betrokken netbeheerders overeenkomen in geval van wanbeheer van de energienetwerken. Uiteraard kunnen de alternatieven die de revue zijn gepasseerd ook in combinatie met elkaar worden gebruikt.

Conclusie

De door de minister beoogde Hollandse variant van unbundling is vergaand en zal enorme gevolgen hebben voor de Nederlandse energiesector. Het is de vraag of deze gevolgen niet te verstrekkend zijn. Het besluit tot privatisering van de energienetwerken is immers nog (lang) niet genomen en de Nederlandse energiesector wordt hierdoor een Europees buitenbeentje. Handhaving van het publiek eigendom van netwerkbedrijven is niet noodzakelijkerwijze een betere optie dan volledige privatisering daarvan. (Publiek) eigendom is namelijk een veel minder relevante factor voor waarborging van het publiek belang dan veelal wordt aangenomen. Bovendien zijn er oplossingen denkbaar in diverse gradaties tussen 100% publiek en 100% privaat eigendom. Wie ook de eigendom van de netwerken heeft of zal verwerven: deugdelijke regelgeving en toezicht ter voorkoming van wanbeheer zijn onontbeerlijk. Het is noodzaak dat minister en parlement niet over één nacht ijs gaan. De verschillende alternatieven zullen grondig moeten worden afgewogen. Anders blijft het risico dat ten halve gekeerd moet worden op een reeds ingeslagen weg. Dat lijkt toch het minst wenselijke alternatief.

Mr. P.A. Josephus Jitta en mr. H.A. Schaap zijn als advocaat verbonden aan Van Doorne te Amsterdam

²⁷ De voorgestelde wetswijziging uit de I&I Wet (artikel 10a Elektriciteitswet 1998 en artikel 3b Gaswet) is op het moment van schrijven van dit artikel nog niet in werking getreden in de huidige Elektriciteitswet 1998 en Gaswet.