

Kenmerk	W10.03.0150/II
Datum advies	17 juni 2003
Vindplaats	Bijvoegsel Staatscourant 14 september 2004, nr 176

Volledige tekst

Voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 in verband met de verkrijging van de eigendom van het landelijk hoogspanningsnet of een deel daarvan (reparatie eigendom hoogspanningsnet).

Bij Kabinetsmissive van 24 april 2003, no.03.001832, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 in verband met de verkrijging van de eigendom van het landelijk hoogspanningsnet of een deel daarvan (reparatie eigendom hoogspanningsnet).

Het wetsvoorstel strekt tot het opnemen van een bepaling in de Elektriciteitswet 1998 op grond waarvan het aan anderen dan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet niet is toegestaan het landelijk hoogspanningsnet of delen daarvan in eigendom te verkrijgen, terwijl het aan de eigenaren van het landelijk hoogspanningsnet niet is toegestaan daarop rechten te vestigen ten behoeve van anderen dan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet. De rechtspersoon die krachtens artikel 10, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 is aangewezen als beheerder van het landelijk hoogspanningsnet, is TenneT B.V. (hierna: TenneT).

In de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector was (bij nota van wijziging(*zie noot 1*)) een artikel 11a van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen. De Raad van State is niet gevraagd over dit toegevoegde artikel advies uit te brengen. Ingevolge het derde tot en met vijfde lid van dat artikel was het anderen dan de beheerder van het hoogspanningsnet TenneT niet toegestaan om vermogensbestanddelen die tezamen het hoogspanningsnet of een deel daarvan vormen, te verkrijgen dan wel daar ten behoeve van anderen dan de netbeheerder rechten op te vestigen, tenzij de Minister van Economische Zaken daarvoor toestemming gaf. Deze leden zijn per 1 januari 2003 vervallen.

De feitelijke situatie is thans, dat de rijksoverheid indirect 65% van het hoogspanningsnet in eigendom heeft (namelijk via Saranne BV, waarvan de staat alle aandelen bezit en TenneT statutair bestuurder is(*zie noot 2*)). De andere eigenaren van het landelijk hoogspanningsnet zijn op dit moment: Transportbedrijf Zuid-Holland, Essent, Delta en Nuon; zij hebben tezamen ongeveer 35% van het hoogspanningsnet in eigendom.(*zie noot 3*)

TenneT is beheerder van het gehele landelijk hoogspanningsnet. De SEP heeft TenneT reeds in 1998 aangewezen als netbeheerder. De staat heeft aan de aanwijzing op 25 oktober 2001 goedkeuring verleend.

Thans wordt voorgesteld het per 1 januari 2003 vervallen artikel 11a, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998 opnieuw op te nemen. De tekst van de nieuwe bepaling verschilt

echter aanzienlijk van de vervallen bepaling. Laatstgenoemd artikel voorzag in de clause "tenzij Onze Minister instemt met die verwerving of vestiging van rechten". Deze clause is in het voorgestelde artikel weggefallen. Ook heeft de thans voorgestelde bepaling, anders dan de vervallen bepaling, een permanent karakter.

De Raad maakt naar aanleiding van het voorstel een aantal opmerkingen. Het college is van oordeel dat de noodzaak en de proportionaliteit van de voorgestelde bepaling onvoldoende is duidelijk geworden, hetgeen in het bijzonder van belang is bij de beoordeling van de vraag of de voorgestelde maatregelen verenigbaar zijn met het vrije verkeer van kapitaal (artikel 56 van het EG-Verdrag) en het eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

In verband daarmee adviseert de Raad het wetsvoorstel in dat licht opnieuw te bezien.

1. Het voorgestelde artikel gaat verder dan het per 1 januari 2003 vervallen artikel 11a, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998: het maakt de verkrijging in eigendom van het net of delen daarvan door anderen dan TenneT en de vestiging van rechten op het net ten behoeve van anderen dan TenneT onmogelijk, terwijl artikel 11a, vijfde lid, (oud) dergelijke verkrijging en vestiging van rechten slechts afhankelijk maakte van instemming van de Minister van Economische Zaken. Voorts geldt voor de voorgestelde bepaling, anders dan voor het vervallen artikel 11a, vijfde lid, dat geen termijn is gesteld voor de geldingsduur van deze bepaling.

De Raad merkt hierover het volgende op.

a. De memorie van toelichting voorziet niet in een beschrijving van het probleem dat men met het voorgestelde artikel beoogt op te lossen. De toelichting geeft niet aan tot welke problemen het op 1 januari 2003 vervallen van artikel 11a, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998 tot dusver heeft geleid, dan wel tot welke problemen dit in de toekomst zou kunnen leiden.

Het vervallen artikel 11a, vijfde lid, verbood verwerving van het landelijk hoogspanningsnet of delen daarvan door, en vestiging van rechten daarop ten behoeve van anderen dan de netbeheerder, tenzij de Minister van Economische zaken met de verwerving of vestiging instemde. De toelichting geeft geen antwoord op de vragen of en zo ja, hoe vaak, in welke gevallen en op welke gronden de minister instemming weigerde.

b. In de toelichting wordt gesteld dat de voorgestelde regeling wenselijk is ter behartiging van het publieke belang van een onafhankelijk landelijk netbeheer. *(zie noot 4)* Daarnaast wordt gesteld dat de voorgestelde bepaling noodzakelijk is uit het oogpunt van het borgen van het publiek belang dat het netbeheer van het landelijk hoogspanningsnet nu en in een geliberaliseerde markt onafhankelijk wordt uitgeoefend van commerciële belangen. *(zie noot 5)* Ook wordt aangevoerd dat de regering er inmiddels van overtuigd is dat het voor het optimaal functioneren van de elektriciteitsmarkt noodzakelijk is dat er geen enkele vermenging ontstaat tussen het landelijk hoogspanningsnet en elektriciteitsproductie, levering of handel in elektriciteit. *(zie noot 6)*

Dat met de voorgestelde regeling in het bijzonder beoogd wordt een goed beheer van het hoogspanningsnetwerk veilig te stellen, blijkt ook uit de paragraaf over de Europeesrechtelijke aspecten. Daarin wordt gesteld dat de bepaling dat anderen dan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet geen rechten mogen vestigen op delen van het landelijk hoogspanningsnet, noodzakelijk is voor het optimaal beheer, *(zie noot 7)* en dat de beperking van de mededinging noodzakelijk is om TenneT op een goede wijze de in artikel 16 van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen taken te laten vervullen. *(zie noot 8)*

Nu het beheer van het hoogspanningsnet ingevolge de reeds bestaande wettelijke bepalingen is voorbehouden aan TenneT, rijst de vraag op welke wijze de eigendom van het hoogspanningsnet een goed en onafhankelijk beheer van dat hoogspanningsnet kan frustreren. Die veronderstelling lijkt immers ten grondslag te liggen aan het onderhavige wetsvoorstel, maar wordt op geen enkele wijze aangetoond of anderszins aannemelijk gemaakt. Overigens valt een en ander ook niet uit de totstandkomingsgeschiedenis van het inmiddels vervallen artikel 11a, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998 af te leiden. De veronderstelling lijkt te zijn gebaseerd op weer een andere veronderstelling, namelijk dat de huidige en toekomstige eigenaren van het hoogspanningsnet hun eigendom kunnen exploiteren naar eigen goeddunken. Dat is niet juist. Zij zijn daarbij (onder meer) gebonden aan de bepalingen van de Elektriciteitswet 1998, die het beheer strikt aan de netbeheerder voorbehouden. Op die manier lijkt een goed beheer van het hoogspanningsnetwerk reeds met de bestaande wettelijke bepalingen te zijn gewaarborgd.

c. Ingevolge artikel 93, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 behoeft iedere wijziging in de eigendom van het net of van de aandelen van de netbeheerder instemming van de Minister van Economische Zaken. Indien de belangrijkste doelstelling van het voorstel is een goed en onafhankelijk beheer, dan rijst de vraag waarom de regeling van artikel 93, derde lid, niet volstaat: de minister kan instemming weigeren indien aangetoond kan worden dat een bepaalde overdracht dan wel het vestigen van rechten in een bepaald geval niet ten goede zou komen aan een goed en onafhankelijk beheer.

d. De Elektriciteitswet 1998 voorziet reeds in regels die een goed en onafhankelijk beheer moeten waarborgen. Niet wordt aangetoond op welke punten die regels tekortschieten. (zie *noot 9*) Voorzover deze bepalingen tekort zouden schieten, zij erop gewezen dat onder de huidige wettelijke regels de staat weliswaar nog de mogelijkheid heeft om aandelen in TenneT te verkopen, maar dat het voorgestelde artikel 93a dat bij amendement van het Tweede-Kamerlid Korstenhorst aan wetsvoorstel 28 665 is toegevoegd, bepaalt dat de aandelen van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet bij de staat (moeten) berusten. (zie *noot 10*) Indien dit voorstel tot wet wordt verheven lijken additionele regels die moeten voorkomen dat de staat zeggenschap in de netbeheerder verliest, ook in zoverre niet nodig.

e. Uit de toelichting blijkt niet welke alternatieven voor de voorgestelde regeling zijn overwogen. Regelingen die een minder vergaande inbreuk vormen op de eigendom zijn echter wel denkbaar. Het per 1 januari 2003 vervallen artikel 11a, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998, ging minder ver, en gaf tegelijkertijd de mogelijkheid om toezicht te houden op de eigendomsverhoudingen en instemming aan bepaalde transacties te weigeren. De regeling van artikel 93, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 biedt een vergelijkbaar alternatief. Ook is denkbaar dat aan TenneT een voorkeursrecht wordt toegekend, in die zin dat de andere eigenaren bij verkoop van hun eigendom eerst aan TenneT moeten aanbieden ("right of first refusal").

Overigens zijn niet alleen minder vergaande alternatieven denkbaar. Indien inderdaad wordt aangetoond dat de eigendom van het gehele netwerk onmisbaar is voor een goed en onafhankelijk beheer, is het onlogisch de bestaande eigendomsverhoudingen intact te laten. In dat geval lijkt een gedwongen verkoop door de huidige eigenaren van het hoogspanningsnet aangewezen.

In het licht van het voorgaande adviseert de Raad het voorstel opnieuw te bezien.

2. In de toelichting wordt gesteld dat de beperking die dit wetsvoorstel oplegt aan de eigenaren en (potentiële) kopers van het landelijk hoogspanningsnet, verenigbaar is met het Europese recht. (zie noot 11) Gesteld wordt dat voldaan is aan de vereisten voor het maken van een uitzondering op het verbod van beperkingen op het kapitaal- en betalingsverkeer, in het bijzonder de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid. Onder verwijzing naar de voorgaande punten merkt het college op dat het voorstel allereerst niet duidelijk maakt welk belang (beheer, zeggenschap, eigendom) het beoogt te beschermen. Daarnaast wordt niet aangetoond waarom de voorgestelde maatregel ter bescherming van dat belang noodzakelijk is, noch dat aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.

Het verzekeren van veiligheid en betrouwbaarheid van de netten moet naar het oordeel van de Raad weliswaar inderdaad worden aangemerkt als een legitiem openbaar belang dat het handhaven van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan rechtvaardigen, maar vervolgens moet dan wel komen vast te staan dat de maatregel ter behartiging van dat belang noodzakelijk is en proportioneel. Zoals in het voorgaande punt aan de orde is gesteld, is de toelichting op een aantal voor de beoordeling van dit punt relevante aspecten onduidelijk. De Raad adviseert hierop nader in te gaan.

3. Artikel 1, tweede lid, van het Eerste Protocol bij het EVRM bepaalt dat regulering van eigendom is toegestaan indien dat noodzakelijk is in het algemeen belang en de maatregel proportioneel is. Wederom onder verwijzing naar het voorgaande, is de Raad van oordeel dat de toelichting voor de beoordeling van de noodzaak en de proportionaliteit van het voorstel onduidelijk is. De Raad adviseert hierop nader in te gaan.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 9 juli 2004

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State en enkele andere ontwikkelingen heb ik besloten het wetsvoorstel niet in te dienen.

Met de Raad van State meen ik dat de noodzaak en proportionaliteit van het voorstel onvoldoende duidelijk is. Een goed beheer van het hoogspanningsnetwerk lijkt de Raad reeds met de bestaande wettelijke bepalingen te zijn geborgd.

Daarnaast heb ik na het indienen van het wetsvoorstel om advies bij de Raad van State aangegeven dat ik een splitsing van commerciële activiteiten en netwerkactiviteiten voorsta (zie Kamerstukken II 2003/04, 28 982, nr. 18). Dit voornemen werpt een ander licht op het onderhavige wetsvoorstel. Door de splitsing dient het netwerkbedrijf de (hoogspannings)netwerken in eigendom te hebben. Het netwerkbedrijf dient direct onder de aandeelhouders gepositioneerd te worden. De (hoogspannings)netwerken worden derhalve volledig afgeschermd van invloed van het energiebedrijf doordat ze los van de rest van het energiebedrijf komen te staan. Doordat de onafhankelijkheid van de netwerken door de splitsing geborgd is, zie ik geen noodzaak meer om voor te schrijven dat het aan anderen dan

de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet niet is toegestaan het landelijk hoogspanningsnet of delen daarvan in eigendom te verkrijgen, dan wel daar ten behoeve van anderen dan de landelijk netbeheerder rechten op te vestigen.

Daartoe gemachtigd door de ministerraad moge ik U verzoeken goed te vinden dat het advies van de Raad van State buiten verdere behandeling wordt gelaten en dat het onderhavige nader rapport tezamen met het advies van de Raad van State en het voorstel van wet en de daarbij behorende memorie van toelichting zoals deze aan de Raad van State zijn voorgelegd, openbaar wordt gemaakt.

De Minister van Economische Zaken

- (1) Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr.6.
- (2) Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 25 oktober 2001, Kamerstukken II 2001/02, 27 250, nr.51.
- (3) Memorie van toelichting, paragraaf 5 (gevolgen voor het bedrijfsleven), eerste alinea.
- (4) Memorie van toelichting, paragraaf 1 (Doel en inhoud), derde alinea.
- (5) Memorie van toelichting, paragraaf 1 (Doel en inhoud), vierde alinea.
- (6) Memorie van toelichting, paragraaf 2 (Voorgeschiedenis), eerste alinea.
- (7) Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (Europeesrechtelijke aspecten), derde alinea.
- (8) Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (Europeesrechtelijke aspecten), vierde alinea.
- (9) Zie de artikelen 10, 11, 11a en 16 van de Elektriciteitswet 1998.
- (10) Artikel 93a, Kamerstukken I 2002/03, 28 665, nr.107, blz.13.
- (11) Memorie van toelichting, paragraaf 3.1 (Europeesrechtelijke aspecten), derde alinea.