

---

Vergaderjaar 2001–2002

---

**28 323**

**Interpellatie inzake goedkeuring privatisering  
energiedistributiebedrijven**

**A**

**ADVIES RAAD VAN STATE**

Hieronder is opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 21 juni 2002, aangeboden aan de minister van Economische Zaken.

## **BIJLAGE**

Bij Uw bovenvermelde brief hebt U een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

Thans heeft afdeling II de beraadslagingen afgesloten en haar reactie op Uw verzoek vastgesteld. Mede namens de voorzitter van de afdeling doe ik U hierbij deze reactie toekomen.

Met vriendelijke groet,  
H. D. Tjeenk Willink

Bijlage: één

**Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State over de juridische consequenties van de uitvoering van een motie van het kamerlid Crone c.s., inzake goedkeuring privatisering energiedistributiebedrijven.**

Dit verzoek om voorlichting betreft de juridische consequenties van de uitvoering van een motie van de kamerleden Crone, Van den Akker, Van Walsem en Vendrik<sup>1</sup> (hierna: de motie Crone c.s.) die op 11 april 2002 door de Tweede Kamer der Staten-Generaal is aangenomen. De motie Crone c.s. bevat twee elementen.

- In de eerste plaats wordt de regering opgedragen aan de overname van het Oostbrabantse Obragas Holding N.V. door het Duitse RWE Gas AG – waarmee op 4 april 2002 op basis van artikel 85, tweede lid, van de Gaswet reeds is ingestemd alsnog de voorwaarde te verbinden deze instemming te wijzigen indien daar op grond van toekomstige regelgeving aanleiding toe bestaat.
- In de tweede plaats wordt de regering in de motie Crone c.s. opgedragen geen verdere toestemming voor privatisering van energiedistributiebedrijven te verlenen zolang de wetgeving daaromtrent niet is afgerond. Op afzienbare termijn zijn nog twee privatiseringsaanvragen te verwachten; namelijk de overname van het Utrechtse energiebedrijf REMU door het Spaanse Endesa en de overname van het Westbrabantse Intergas door het Duitse RWE.

De Minister van Economische Zaken heeft naar aanleiding van de motie Crone c.s. op 15 april 2002 een brief aan de Tweede Kamer gezonden waarin zij meedeelt het van belang te achten zich gedegen en uitvoerig te laten adviseren omtrent in het bijzonder de juridische consequenties van het uitvoeren van de motie Crone c.s. In verband daarmee heeft zij besloten de Raad van State om advies te vragen en pas daarna een reactie naar de Tweede Kamer te sturen. De minister heeft afdeling II van de Raad van State op 19 april 2002 per brief<sup>2</sup> verzocht om haar overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State voor te lichten inzake de juridische consequenties van de uitvoering van de motie Crone c.s.

Het verzoek om voorlichting betreft enkele aspecten van de geldende regelgeving, mede in het licht van grondwettelijke eisen, van eisen voortvloeiend uit EG-recht en internationaal recht en in het licht van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Bij de behandeling van de vragen gaat de afdeling uit van artikel 85 van de Gaswet. Alleen voorzover relevant zal een vergelijking worden gemaakt met artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998. Ter verduidelijking is voorafgaand aan de bespreking van de vragen de integrale geldende tekst van zowel artikel 85 van de Gaswet als van artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen alsmede de daarbijbehorende passages uit de memorie van toelichting.

*Geldende tekst artikel 85 van de Gaswet*

1. Indien zich in de periode tussen 1 juli 1996 en de datum van de aanwijzing van de netbeheerder, bedoeld in artikel 2, of in de periode tussen voornoemde datum en de datum van indiening van de aanvraag, bedoeld in artikel 22, een wijziging heeft voorgedaan met betrekking tot de eigendom van de aandelen in het gasbedrijf dat de vergunning aanvraagt, de eigendom van de aandelen in de rechtspersoon aan wie het desbetreffende gastransportnet toebehoort of de eigendom van dat net, is voor de instemming met de aanwijzing van de netbeheerder onderscheidenlijk de verlening van de vergunning vereist, dat Onze Minister geen bedenkingen heeft tegen die wijziging.
2. Iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een gastransportnet of van de aandelen in een netbeheerder of in een vergunninghouder behoeft de instemming van Onze Minister.
3. Onze Minister kan zijn instemming onthouden, indien wijziging met betrekking tot de eigendom van de aandelen in de vergunninghouder ertoe zou leiden dat een natuurlijk persoon of een rechtspersoon buiten de kring van hen aan wie aandelen in een vergunninghouder toebehoren rechten op aandelen in een vergunninghouder zou krijgen.
4. Indien Onze Minister zijn instemming onthoudt en de voorgenomen

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 323, nr. 1.

<sup>2</sup> No. WJZ02021554.

wijziging met betrekking tot de eigendom van aandelen voortgang vindt, kan Onze Minister de vergunning intrekken.

5. De artikelen 10:29 tot en met 10:31 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing op het verlenen van instemming met de wijziging.

*Passage uit de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 85 van de Gaswet (destijds genummerd als artikel 53)<sup>1</sup>*

In de komende jaren waarin de liberalisering van de gasmarkt feitelijk haar beslag zal krijgen, dient ook wat betreft de levering van gas aan beschermde afnemers voorkomen te worden dat een onoverzichtelijke situatie ontstaat waarin niet meer duidelijk is wie op welke verantwoordelijkheden en verplichtingen kan worden aangesproken. Een dergelijke situatie zou kunnen ontstaan wanneer gasleveringsbedrijven die nu nagenoeg geheel in handen zijn van gemeentelijke en provinciale overheden overhaast geprivatiseerd zouden worden. Een te plotselinge privatisering zou kunnen leiden tot een chaotische concurrentie op de gasmarkt, waarvan sommige bedrijven de dupe zouden kunnen worden, hetgeen uiteindelijk ten koste zou gaan van de beschermde afnemers. Verder moet worden voorkomen dat publieke monopolies, die de nutsbedrijven tot nu toe hebben, in de overgangsperiode zonder meer worden vervangen door private monopolies. In artikel 53 is dan ook bepaald dat de Minister van Economische Zaken wijzigingen in de eigendomsverhoudingen van bedrijven die gas aan beschermende afnemers leveren, kan beoordelen en op grond daarvan zo nodig maatregelen kan nemen. Bij die beoordeling zal in hoofdzaak worden bezien welke gevolgen de wijziging heeft voor de vervulling van de wettelijke taken door de vergunninghouder.

Op grond van artikel 53, eerste lid, is voor het verkrijgen van een vergunning vereist dat de Minister van Economische Zaken geen bedenkingen heeft tegen een eventuele aandelenvervreemding in de periode van 1 juli 1996 tot het tijdstip van verlening van de vergunning. Hierdoor wordt voorkomen dat eigendomswisselingen die in het zicht van de inwerkingtreding van de Gaswet plaatsvinden, ongemoeid zouden blijven, terwijl voor de overdracht van aandelen na de inwerkingtreding van de wet wel regels gelden. De bedenkingen van de minister kunnen betrekking hebben op de vervreemding van aandelen buiten de kring van degenen aan wie de aandelen in een vergunninghouder toebehoren. Wijzigingen met betrekking tot de eigendom van aandelen in de vergunninghouder behoeven ingevolge het tweede lid de instemming van de Minister van Economische Zaken. Wanneer aandelen overgedragen of uitgegeven zouden worden aan een natuurlijke persoon of een rechtspersoon buiten de kring van aandeelhouders van vergunninghouders (gemeenten en provincies) kan de minister zijn instemming onthouden. Indien een besluit tot wijziging in strijd met de verplichte voorafgaande toetsing en instemming toch zou worden doorgevoerd, kan de minister de vergunning intrekken. Een dergelijk besluit van de vennootschap is bovendien aantastbaar omdat het niet voldoet aan de bij wet gestelde vereisten.

De termijn waarbinnen aandelenoverdracht aan de regels van artikel 53 is gebonden (tot 31 december 2002) is gelijk aan die welke ten aanzien van de vergunninghouders in de Elektriciteitswet 1998 geldt. Dit is met name van belang voor de zogenaamde horizontaal geïntegreerde bedrijven die zowel elektriciteit als gas aan beschermende afnemers leveren.

*Geldende tekst artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998*

1. Indien zich in de periode tussen 1 juli 1996 en de datum van de aanwijzing van de netbeheerder, bedoeld in artikel 10, een wijziging heeft voorgedaan met betrekking tot de eigendom van het desbetreffende net of van de aandelen in een rechtspersoon aan wie het desbetreffende net toebehoort, is voor de aanwijzing van de netbeheerder vereist dat Onze Minister geen bedenkingen heeft tegen die wijziging.

2. Indien zich in de periode tussen 1 juli 1996 en de datum van indiening van de aanvraag, bedoeld in artikel 54, een wijziging heeft voorgedaan met betrekking tot de eigendom van de aandelen in de leverancier die een vergunning aanvraagt, is voor de verlening van de vergunning vereist dat Onze Minister geen bedenkingen heeft tegen die wijziging.

3. Iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 463, nr. 3, blz. 50–51.

aandelen in een netbeheerder of in een vergunninghouder behoeft de instemming van Onze Minister.

4. Onze Minister kan zijn instemming onthouden, indien de wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de aandelen in de netbeheerder of de vergunninghouder ertoe zou leiden dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon buiten de kring van hen aan wie aandelen in een netbeheerder of een vergunninghouder toebehoren, rechten op een net of op aandelen in de netbeheerder of de vergunninghouder zou krijgen.

5. Indien Onze Minister zijn instemming onthoudt en de voorgenomen wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de aandelen voortgang vindt, kan Onze Minister een andere rechtspersoon aanwijzen als netbeheerder van het net dat door de desbetreffende netbeheerder wordt beheerd, onderscheidenlijk kan Onze Minister de vergunning intrekken.

6. De artikelen 10:28 tot en met 10:31 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing op het verlenen van instemming met de wijziging.

*Passage uit de memorie van toelichting met betrekking tot artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 (destijds genummerd als artikel 66)<sup>1</sup>*

Ik acht het nodig om de geleidelijke liberalisering van de elektriciteitsmarkt te laten plaatsvinden op een ordelijke wijze. Voorkomen moet worden dat door overhaaste privatisering van de elektriciteitsbedrijven, die nu in handen zijn van gemeentelijke en provinciale overheden, een situatie ontstaat waarin onduidelijk is welke eigenaren van de bedrijven aangesproken moeten worden op het uitvoeren van bepaalde wettelijke regels. Bovendien zou een te plotselinge privatisering kunnen leiden tot een chaotische concurrentie op de zich liberaliserende markt, waarvan sommige bedrijven de dupe worden, wat uiteindelijk ten koste kan gaan van de kleinverbruikers. Ten slotte moet voorkomen worden dat in deze overgangperiode de publieke monopolies die nutsbedrijven hadden, worden omgewisseld in private monopolies. Een en ander betekent dat de Minister van Economische Zaken goed op de hoogte gehouden moet worden over de vervreemding van de aandelen in de netwerkbedrijven en de bevoegdheid moet hebben om, zo dat nodig mocht zijn, in te grijpen om ongewenste eigendomsverhoudingen tegen te gaan. Het eerste lid is bedoeld voor eigendomswijzigingen tussen 1 juli 1996 en de datum van aanwijzing van de netbeheerder. De datum van 1 juli 1996 is gekozen in verband met de publicatie van de notitie «Stroomlijnen naar een markt voor elektriciteit» (4 juli 1996), waarin privatisering van elektriciteitsbedrijven in de overgangperiode onwenselijk werd genoemd. Heeft een vervreemding van aandelen in die periode plaatsgevonden, dan is voor de aanwijzing van de netbeheerder de instemming van de Minister van Economische Zaken vereist (artikel 12), waarbij nodig is dat er geen bedenkingen zijn tegen de aandelenvervreemding. Overeenkomstig het in het vierde lid neergelegde criterium, kan hierbij bepalend zijn of de vervreemding al dan niet plaatsvindt buiten de kring dergenen aan wie aandelen in een netbeheerder of een vergunninghouder toebehoren. Het tweede lid bepaalt met de nodige aanpassingen hetzelfde voor de vergunninghouder.

Het derde lid betreft de eigendomswijzigingen na aanwijzing van de netbeheerder of na vergunningverlening. Dergelijke wijzigingen moeten worden gemeld. Zij zijn bovendien aan de instemming van de Minister van Economische Zaken onderworpen. Indien de aandelen zouden worden overgedragen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon buiten de kring dergenen aan wie aandelen in een netbeheerder of een vergunninghouder toebehoren, kan de instemming worden onthouden. Dat betekent concreet dat tot 1 januari 2002 de aandelen in netbeheerders en vergunninghouders in publieke handen zullen kunnen blijven. Pas na die datum kan er sprake zijn van privatisering.

Indien de instemming wordt onthouden, maar de eigendomsoverdracht toch voortgang vindt, kan als sanctie de aanwijzing van de netbeheerder door de Minister van Economische Zaken vervangen worden door een andere aanwijzing, dan wel kan de vergunning voor het leveren van elektriciteit worden ingetrokken.

De afdeling gaat hierna over tot behandeling van de in het verzoek om voorlichting opgenomen vragen.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 621, nr. 3, blz. 55–56.

Kan de Minister van Economische Zaken,

- met als motivering dat een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig is waarin de desbetreffende artikelen gewijzigd worden,
- rekening houdend met de eisen die voortvloeien uit het EG-recht en het internationaal recht, en
- gelet op de met de Tweede Kamer besproken en in definitieve vorm gepubliceerde Beleidsregels privatisering energiedistributiebedrijven (hierna: Beleidsregels)<sup>1</sup>:
  - a. behandeling van een reeds ingediend verzoek tot instemming op grond van artikel 85 van de Gaswet of artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 opschorten tot na een nader te bepalen tijdstip, of
  - b. het verlenen van instemming tot een nader te bepalen tijdstip weigeren?

#### 1 Een beantwoording langs vier hoofdlijnen

Voorafgaand aan de beantwoording van de onderdelen a en b van de eerste vraag geeft de afdeling eerst haar visie op de drie hoofdlijnen die naar haar oordeel voor de beantwoording essentieel zijn. Het betreft de volgende hoofdlijnen:

- de geldende wettelijke regelingen,
- de beperking van het eigendomsrecht,
- de beleidsregels en
- de rol van het Europees recht en internationaal recht.

##### a. Geldende wettelijke regelingen (Gaswet en Elektriciteitswet 1998)

Hierna zal de afdeling eerst de belangrijkste elementen van de geldende wettelijke regeling behandelen voorzover van belang bij een verzoek tot het verlenen van instemming.

##### i. Verhouding tussen tweede en derde lid van artikel 85 van de Gaswet

Het eerste element dat bespreking behoeft is de verhouding tussen het tweede en het derde lid van artikel 85 van de Gaswet. Volgens het tweede lid behoeft iedere wijziging (a) met betrekking tot de eigendom van een gastransportnet of (b) van de aandelen in een netbeheerder of (c) van de aandelen in een vergunninghouder de instemming van de minister. Het derde lid bepaalt dat instemming *kan* worden onthouden indien wijziging met betrekking tot de eigendom van de aandelen in de vergunninghouder ertoe zou leiden dat een natuurlijk persoon of een rechtspersoon buiten de kring van hen aan wie de aandelen in een vergunninghouder toebehoren rechten op aandelen in een vergunninghouder zou krijgen.

Het eerste verschil tussen beide leden is dat de instemming van het tweede lid zich uitstrekt tot de drie hiervoor genoemde situaties (a), (b) en (c), terwijl het derde lid slechts betrekking heeft op de situatie bedoeld onder (c), namelijk wijziging met betrekking tot de eigendom van de aandelen (...) in de vergunninghouder. Indien laatstbedoelde situatie zich voordoet *kan* de instemming worden onthouden.

Het tweede verschil tussen het tweede en derde lid betreft de aard van de transactie. Het tweede lid heeft betrekking op iedere wijziging met betrekking tot de eigendom, ongeacht of het overdracht van aandelen aan derden dan wel overdracht van aandelen aan medeaandeelhouders betreft. Het derde lid daarentegen heeft uitsluitend betrekking op overdracht van aandelen aan derden. Dat lid lijkt er echter niet toe te strekken de instemming met betrekking tot iedere overdracht van aandelen aan derden te weigeren, ongeacht de mate van zeggenschap die aan die overdracht is verbonden. De afdeling leidt hieruit af dat de minister op dit punt beschikt over een discretionaire bevoegdheid. De vraagstelling heeft betrekking op alle casusposities waarin op grond van het tweede lid sprake is van instemming. De afdeling ziet ondanks de hiervoor geconstateerde verschillen tussen het tweede en het derde lid geen aanknopingspunten om te concluderen dat de bevoegdheid instemming te verlenen ten aanzien van alle gevallen bedoeld in het tweede lid niet op gelijke wijze moet worden toegepast. Uit de systematiek van het tweede en het derde lid volgt naar de mening van de afdeling dat de minister ten aanzien van alle drie in het tweede lid bedoelde situaties zijn instemming kan onthouden. De minister beschikt daarbij over een bevoegdheid die verder reikt dan wijzi-

<sup>1</sup> De in de memorie van toelichting van het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (nadere regels voor netbeheerders en voor privatisering en enkele voorzieningen in geval van wanbeheer van een net) (Kamerstukken II 2001/02, 28 190, nr. 3, blz. 2) aangekondigde intrekking van deze beleidsregels zodra de in dat wetsvoorstel opgenomen voorschriften van kracht zijn geworden is door de controversieel verklaring van dat wetsvoorstel onzeker.

gingen met betrekking tot de eigendom van aandelen. Het derde lid heeft derhalve geen limitatieve strekking, maar beschrijft slechts één specifieke situatie die speciale aandacht gekregen heeft. Ten slotte wordt opgemerkt dat in de wettelijke regeling geen relatie wordt gelegd tussen de instemmingsbevoegdheid en de mate waarin zeggenschap in de vennootschap wordt verkregen. Dat verband komt eerst aan de orde in de hierna te bespreken Beleidsregels (zie hierna onder c)<sup>1</sup>.

#### *ii. Verschillen Gaswet en Elektriciteitswet 1998*

Een tweede element dat aandacht behoeft is het (ogenschijnlijke) verschil tussen de omvang van de bevoegdheid de instemming te onthouden in enerzijds de Gaswet en anderzijds de Elektriciteitswet 1998. Artikel 85, derde lid, van de Gaswet ziet op wijziging met betrekking tot de eigendom van aandelen in de vergunninghouder, terwijl het vergelijkbare artikel 93, vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 ziet op wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de aandelen in de netbeheerder of de vergunninghouder. Volgens de memorie van toelichting bij de wijziging van de Elektriciteitswet 1998 is hiermee tot uitdrukking gebracht dat voor iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van aandelen in een producent, netbeheerder of vergunninghouder de instemming van de Minister van Economische Zaken vereist is.<sup>2</sup> Daar uit de wetsgeschiedenis van de Gaswet niet blijkt dat bewust is beoogd verschil teweeg te brengen tussen enerzijds het stelsel van artikel 85, tweede en derde lid, van de Gaswet en anderzijds artikel 93, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 ligt het niet voor de hand aan de tekstuele verschillen inhoudelijke consequenties te verbinden in die zin dat de Gaswet een geheel andere systematiek zou bevatten dan de Elektriciteitswet 1998.

#### *iii. Ruime uitleg instemmingsvereiste*

Het derde element dat de afdeling wil noemen is de ruime uitleg van het instemmingsvereiste van artikel 85, tweede lid, van de Gaswet zoals die is te vinden in de wetshistorie van deze bepaling. Het instemmingsvereiste is primair een regulerend en toezichthoudend instrument. Voor iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een gastransportnet of van aandelen in een netbeheerder of in een vergunninghouder is de instemming van de Minister van Economische Zaken vereist. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om de vervreemding van aandelen of om emissie van aandelen. Zowel bij vervreemding als bij emissie kan de instemming onthouden worden, indien de vervreemding of emissie ertoe leidt dat aandelen of netten in andere handen komen. Deze uitleg is ook terug te vinden in een brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van december 2000 waarin hij uiteenzet dat de artikelen 93, derde en vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 – en impliciet dus ook de artikelen 85, tweede en derde lid, van de Gaswet – een *ruime strekking* hebben en beogen zowel de overdracht van het juridische eigendom als andere rechtshandelingen, die betrekking hebben op het eigendom van de netten of aandelen en die leiden tot een *beperking van de bevoegdheden van de eigenaar*, onder het instemmingsvereiste te laten vallen. Ook het vestigen van een «sale and lease back» constructie wordt daardoor getroffen. De Minister van Economische Zaken heeft te kennen gegeven in geval van dergelijke constructies de bevoegdheid, bedoeld in artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 aldus te gebruiken dat de in dat artikel bedoelde instemming alleen gevraagd hoeft te worden bij uitwinning en niet bij de vestiging van een dergelijk zakelijk zekerheidsrecht op een net<sup>3</sup>.

#### *b. Beperking van het eigendomsrecht*

Voorzover sprake zou zijn van inbreuk op eigendomsrecht, dient aandacht te worden besteed aan artikel 14 van de Grondwet (GW). Het eigendomsrecht van burgers vindt bescherming in dit artikel. Algemeen wordt ervan uitgegaan dat gemeenten en provincies – de huidige eigenaars van de desbetreffende bedrijven – geen beroep kunnen doen op de in de GW opgenomen grondrechten<sup>4</sup>. In verband met mogelijke analoge toepassing van de bepaling gaat de afdeling op artikel 14 in. Met het opschorten tot een nader te bepalen tijdstip van de behandeling van een verzoek om instemming en met de weigering instemming te verlenen tot een nader te bepalen tijdstip vindt geen onteigening in de zin van artikel 14, eerste lid, plaats, nu geen sprake is van

<sup>1</sup> Stcrt. 2001, 131.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 3, blz. 34. Volgens de memorie van toelichting wordt met artikel 72, vierde lid, (thans artikel 93, vierde lid) recht gedaan aan de interpretatie van dit artikel zoals die tijdens de mondelinge behandeling van de ontwerp-Elektriciteitswet 1998 is gegeven door het Eerste Kamerlid Loudon (Handelingen I 1997/98, blz. 1778–1779). Deze interpretatie houdt in dat voor iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van aandelen in een producent, netbeheerder of vergunninghouder de instemming van de Minister van Economische Zaken vereist is. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om de vervreemding van aandelen of om emissie van aandelen. De voorgestelde wijzigingen leiden ertoe dat duidelijk is dat zowel bij de vervreemding als bij emissie de instemming onthouden kan worden, indien de vervreemding of emissie ertoe leidt dat aandelen of netten in andere handen komen (Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 3, blz. 34).

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 37, blz. 1–2.

<sup>4</sup> C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 1990, bladzijde 343; Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlands staatsrecht, 14e druk, Deventer 2001, bladzijde 230; HR 6 februari 1987, AB 272, NJ 1988, 926, m.nt. MS; Kamerstukken I 1993/94, 22 014, nr. 48a, blz. 6.

overdracht van eigendom. Wel wordt de uitoefening van het eigendomsrecht beperkt door de aanhouding van de beslissing inzake verzochte instemming. Artikel 14, derde lid, GW wijst op de mogelijkheid dat schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade wordt geboden, indien daarvoor een wettelijke regeling is vastgesteld. Voor deze beperking van het eigendomsrecht is geen schadevergoeding geregeld.

Essentieel voor het antwoord op de gestelde vragen is dat artikel 14 GW ervan uitgaat dat beperking van de eigendom in het algemeen belang moet zijn.

### *c. Beleidsregels*

Aan de invulling en inkadering van de hiervoor geconstateerde discretionaire bevoegdheid is invulling gegeven door middel van de Beleidsregels. De Beleidsregels zijn op verzoek van en in overleg met de Tweede Kamer totstandgekomen en bedoeld voor de interimperiode gelegen tussen het moment waarop de geldende tekst van artikel 85 van de Gaswet het uitgangspunt bij de beoordeling van de instemming is geworden en het moment waarop de wetwijziging in het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (nadere regels voor netbeheerders en voor privatisering en enkele voorzieningen in geval van wanbeheer van een net) (hierna: wetsvoorstel 28 190) van kracht zal zijn. De Beleidsregels zijn het gevolg van de motie van de kamerleden Crone, Voûte en Van Walsem van 3 april 2001. In deze motie is uitgesproken dat (gedeeltelijke) privatisering pas door de Minister van Economische Zaken kan worden goedgekeurd per 1 januari 2002 en nadat daarvoor beleidsregels zijn opgesteld die met de Tweede Kamer zijn besproken en dienovereenkomstig door de minister zijn vastgesteld<sup>1</sup>. De Beleidsregels beogen, aldus de toelichting daarop, een aantal extra waarborgen te geven alvorens tot privatisering kan worden overgegaan. Enerzijds moeten die waarborgen resulteren in een verdere afscheiding van het netbeheer ten opzichte van de overige activiteiten van het energiebedrijf. Dat betekent dat de economische eigendom van het netwerk direct moet komen te rusten c.q. blijven rusten bij de netbeheerder. Anderzijds dient te worden veiliggesteld dat in geval van taakverwaarlozing door een netbeheerder snel en effectief kan worden ingegrepen. Daartoe dient de juridische eigendom van het netwerk in handen te blijven, dan wel te komen, van de bestaande aandeelhouders; de provincies en gemeenten.

### *i. Invulling discretionaire bevoegdheid*

Invulling van een discretionaire bevoegdheid kan geschieden via beleidsregels. Om daarvan te kunnen spreken moeten die regels voldoen aan hetgeen artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daaronder verstaat: een algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent (a) de afweging van belangen, (b) de vaststelling van feiten of (c) de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Het bijzondere aan de voorliggende Beleidsregels is enerzijds dat niet in de Gaswet maar in deze regels voor het eerst een verband wordt gelegd tussen het aspect van zeggenschap in een vennootschap en het instemmingsvereiste en anderzijds dat de Beleidsregels zijn totstandgekomen in nauw overleg met de Tweede Kamer.

### *ii. Afwijken van beleidsregels*

Hoewel de Beleidsregels het kader vormen voor de besluiten inzake instemming, betekent dit niet dat de minister hier altijd aan gebonden is. Krachtens de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb beschikt de minister over een beperkte mogelijkheid om af te wijken. Op grond van artikel 4:84 Awb dient het bestuursorgaan overeenkomstig beleidsregels te handelen, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

De afdeling acht de ruimte voor de minister om in dit geval van de inherente afwijkingsbevoegdheid gebruik te maken overigens kleiner dan in andere gevallen, omdat de inhoud van de beleidsregels de instemming heeft van de Tweede Kamer en is overgenomen in wetsvoorstel 28 190, dat door de minister bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt. Dit leidt in vergelijking tot «gewone» gevallen waarin gebruik wordt gemaakt van beleidsregels tot grotere zelfbinding van de minister en tot een verdere inperking van de inherente afwijkingsmogelijkheid.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 38. In de brief van 8 juni 2001 aan de Vaste kamercommissie voor Economische Zaken heeft de minister uitgelegd hoe invulling aan de motie wordt gegeven: <http://www.ez.nl/upload/docs/Kamerbrieven/PDF-Documenten/01030079-ctk.pdf>.



*iii. Afwijking van beleidsregels wegens eventueel toekomstige regelgeving*

De vraag of een andere eventuele toekomstige wettelijke regeling als «bijzondere omstandigheid» in de zin van artikel 4:84 Awb zou kunnen worden beschouwd moet naar de mening van de afdeling negatief worden beantwoord. Overigens gaat het in dit geval niet om de toepassing van het niet onredelijk geachte beleid dat in bijzondere gevallen problemen oplevert, maar om het feit dat in de motie Crone c.s. de wens is uitgesproken wijziging in het gevoerde beleid aan te brengen. Daartoe dienen de Beleidsregels echter te worden gewijzigd.

*d. Europees recht en internationaal recht*

*i. Richtlijnen*

De richtlijnen die (mede) ten grondslag liggen aan de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet hebben uitsluitend betrekking op de liberalisering van de betrokken markten<sup>1</sup>. Zij zijn derhalve niet van direct belang voor de beantwoording van de privatiseringsvragen die in de onderhavige adviesaanvraag worden gesteld.

*ii. Verdragsrecht*

Daarentegen dient wel te worden ingegaan op het primaire Verdragsrecht en met name op de bepalingen over de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer (artikelen 43 en volgende respectievelijk 56 en volgende van het EG-Verdrag). Wat betreft de vrijheid van vestiging moet worden vastgesteld dat ook niet-discriminerende maatregelen die de vrijheid van vestiging kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken onder het verbod van artikel 43 van het EG-Verdrag vallen. Zulke maatregelen zijn alleen dan verenigbaar met het EG-Verdrag als zij voldoen aan de volgende vier voorwaarden:

- de nationale maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging kunnen beperken moeten zonder discriminatie worden toegepast;
- zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang;
- zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en
- zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel<sup>2</sup>.

Ook wat betreft het vrije kapitaalverkeer geldt dat alle beperkingen zijn verboden (artikel 56 van het EG-Verdrag). Artikel 58 van het EG-Verdrag noemt een aantal uitzonderingen op dit verbod, onder andere voor maatregelen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn (artikel 58, eerste lid, onder b). Daarnaast geldt een «rule of reason»-uitzondering, dat wil zeggen dat er een rechtvaardiging bestaat voor nationale beperkende maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn en noodzakelijk met het oog op dwingende vereisten van algemeen belang. Het vorenstaande is door de Commissie verder uitgewerkt in haar Mededeling betreffende bepaalde juridische aspecten van de intracommunautaire investeringen<sup>3</sup>. De Commissie geeft daarin aan dat de lidstaten onder andere in het kader van privatiseringen in de afgelopen jaren maatregelen hebben vastgesteld die de investeringen uit andere lidstaten van de Europese Unie kunnen belemmeren en die uit dien hoofde in strijd kunnen zijn met de artikelen 43 en 56 van het EG-Verdrag. Als voorbeeld van maatregelen die niet-discriminerend zijn en die derhalve op alle investeerders van toepassing zijn, noemt de Commissie machtigingsprocedures die bijvoorbeeld van toepassing zijn in het geval investeerders een participatie boven een bepaalde drempel wensen te verwerven. Zij laat daarop volgen dat deze procedures, waaronder naar de mening van de afdeling, ook een procedure als de onderhavige instemmingsprocedure valt<sup>4</sup>, verenigbaar kunnen worden geacht met het EG-Verdrag indien zij om «dwingende redenen van algemeen belang» gerechtvaardigd zijn en gebaseerd zijn op objectieve, stabiele en openbare criteria zonder dewelke zij op dusdanige wijze ten uitvoer zouden kunnen worden gelegd dat de controle over de betrokken onderneming in handen van nationale marktdeelnemers blijft. Een enkel beroep op het «nationaal belang» is daarvoor evenwel niet voldoende.

*iii. Recente rechtspraak van het Hof van Justitie*

In drie arresten van 4 juni 2002 heeft het Hof van Justitie het volgende over het vrije verkeer van kapitaal overwogen. Volgens artikel 73B, eerste lid, (thans

<sup>1</sup> Richtlijn nr. 96/92/EG van 19 december 1996 van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PbEG 1997 L 27), alsmede richtlijn nr. 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PbEG L 204).

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld zaak C-55/94, Gebhard, arrest van 30 november 1995, Jur. 1995, bladzijden I-4165 e.v., r.o. 37.

<sup>3</sup> Pb. 1997, C 220/15.

<sup>4</sup> Zulks geldt in ieder geval wanneer het besluit tot daadwerkelijke verkoop eenmaal is genomen en de instemming niet op dat besluit als zodanig, maar op de hoedanigheid van de koper betrekking heeft.

artikel 56, eerste lid) van het EG-Verdrag zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden. Ingevolge artikel 73D, eerste lid, van het EG-Verdrag kan enigerlei beperking van dit verkeer slechts worden gerechtvaardigd op grond van de in die bepaling genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen. Zulke maatregelen moeten berusten op objectieve criteria die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn, en iedere persoon die door een dergelijke restrictieve maatregel wordt geraakt, moet over een rechtsmiddel beschikken<sup>1</sup>.

Hoewel deze arresten betrekking hebben op de zogenaamde «gouden aandelen» van de staat en niet op de machtigingsprocedures als hiervoor beschreven, zijn zij toch ook voor die procedures van belang vanwege de in die arresten voorkomende verwijzing naar de Mededeling van de Commissie alsmede de interpretatie van de regels over het vrije kapitaalverkeer. Dat geldt met name voor de Belgische zaak, omdat het Hof daarin een «gouden aandeel» toeliet; het vetorecht van de Belgische overheid in het distributiebeprij Distrigas werd door het Hof verenigbaar met het EG-Verdrag geacht, omdat het betrokken belang (de betrouwbare levering van aardgas) daarvoor van voldoende gewicht was. Bovendien had de Belgische overheid voldoende maatregelen genomen die waarborgden dat de manier waarop zij haar recht zou uitoefenen, vatbaar is voor rechterlijke controle.

#### *iv. Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*

In artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden<sup>2</sup> wordt het ongestoord genot van eigendom beschermd. Beperkingen daarop zijn mogelijk onder drie voorwaarden:

- de beperking moet in het algemeen belang zijn en
- zij moet proportioneel zijn (de inbreuk op de eigendom moet in verhouding staan tot het nagestreefde doel) en
- er moet een wettelijke grondslag voor bestaan.

Bij het proportionaliteitsvereiste wordt de lidstaten een ruime *margin of appreciation* gelaten<sup>3</sup>.

#### *v. Voorlopige conclusie*

Het volgt uit het vorenstaande dat de instemmingseis, voorzover zij een beperking van het recht van vrije vestiging respectievelijk het vrije kapitaalverkeer inhoudt, een rechtvaardiging behoeft. Dat geldt a fortiori indien, zoals in vraag 1 bedoeld en nog los van de beoordeling naar nationaal recht, een verzoek tot instemming tot een nader te bepalen tijdstip wordt opgeschort respectievelijk tot een nader te bepalen tijdstip wordt geweigerd.

#### *vi. Internationaal recht*

Wat dit onderdeel van vraag 1 betreft meent de afdeling zich te kunnen beperken tot enige opmerkingen over de Algemene Overeenkomst inzake de handel in diensten (GATS), zoals die aan het eind van de Uruguay-ronde als bijlage bij de Overeenkomst tot oprichting van de Wereld Handelsorganisatie is gesloten. De GATS is een raamakkoord, dat dient te worden uitgewerkt in sectorale akkoorden; tot nu toe zijn er twee totstandgekomen, namelijk voor telecommunicatie en voor financiële diensten. Op dit moment zijn er nog geen bijzondere regels voor de energiesector vastgesteld. Voorzover bekend zullen de diensten in die sector worden toegevoegd aan de financiële dienstenovereenkomst.

#### *2. Vraag 1a: Behandeling verzoek opschorten tot een nader te bepalen tijdstip*

Aan de hand van de hiervoor beschreven hoofdlijnen komt de afdeling tot de conclusie dat de minister de behandeling van een reeds ingediend verzoek tot instemming op grond van artikel 85 van de Gaswet of 93 van de Elektriciteitswet 1998 niet zonder meer kan opschorten tot een nader te bepalen tijdstip.

<sup>1</sup> Aldus het arrest in de Zaak C-483/99, Commissie vs. Frankrijk, r.o. 35, 45 en 46; voorts de arresten in de Zaken C-367/98, Commissie vs. Portugal, en C-503/99, Commissie vs. België.

<sup>2</sup> Artikel 1 Bescherming van eigendom. Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

<sup>3</sup> EHRM, 25 oktober 1989, A. 163, bladzijde 17 (Allan Jacobsson).

Ten eerste is in dit geval geen sprake van buitengewone omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb. De mogelijkheden van die bepaling staan in casu niet open, daar die bepaling niet is bedoeld voor wijziging van beleid, maar voor buitengewone omstandigheden die in een bijzonder geval afwijking van beleid aanvaardbaar maken. Als de wens bestaat om over te gaan tot wijziging van beleid dan dient dit om te beginnen te worden vastgelegd in de Beleidsregels. Ten tweede is bij opschorting het tijdsaspect van belang. Een opschorting tot een nader te bepalen tijdstip is slechts mogelijk binnen de grenzen van het wettelijk systeem van de Awb. Volgens artikel 4:13 Awb dient een beschikking te worden gegeven binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn of, bij het ontbreken van zulk een termijn, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag. De redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer het bestuursorgaan binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag geen beschikking heeft gegeven, noch een kennisgeving als bedoeld in artikel 4:14, eerste lid, Awb heeft gedaan. De ruimte die de formulering van dat artikel mogelijk nog biedt, dient zo nodig nog te worden ingeperkt door toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De «toegestane opschortingstermijn» die daaruit resulteert biedt in omstandigheden zoals thans aan de orde of in daarmee vergelijkbare situaties, naar het de afdeling voorkomt, nagenoeg nooit uitkomst, omdat de in het wetgevingstraject benodigde termijn meestal een veelvoud bedraagt van de eerstgenoemde termijn.

*3. Vraag 1b: Behandeling verzoek tot een nader te bepalen tijdstip weigeren*

Ten aanzien van de vraag of de minister het verlenen van instemming op grond van artikel 85 van de Gaswet of 93 van de Elektriciteitswet 1998 tot een nader te bepalen tijdstip kan weigeren verwijst de afdeling naar hetgeen hiervoor bij de beantwoording van vraag 1a onder «Ten tweede» is opgemerkt.

*2. Is het mogelijk om aan een instemming als bedoeld in artikel 85 van de Gaswet of 93 van de Elektriciteitswet 1998 voorwaarden te verbinden, in het bijzonder de opschortende voorwaarden dat de instemming afhankelijk is van verenigbaarheid van de overeenkomst tot verkoop van het energie-distributiebedrijf en de vennootschappelijke structuur van de onderneming met een toekomstige wettelijke regeling terzake? Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil of die toekomstige wettelijke regeling reeds als wetsvoorstel aanhangig is bij de Tweede Kamer?*

*4. Vraag 2: Voorwaarden te verbinden aan de instemming*

Deze vraag heeft betrekking op de mogelijkheid om aan een instemming voorwaarden te verbinden. Gewezen wordt op artikel 85, vijfde lid, van de Gaswet en artikel 93, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998 waarin wordt bepaald dat een aantal bepalingen van de Awb betreffende goedkeuring van overeenkomstige toepassing is op de instemming. Daaronder valt ook artikel 10:29 Awb. In het tweede lid van dat artikel is bepaald dat goedkeuring noch voor bepaalde tijd of onder voorwaarden kan worden verleend, noch kan worden ingetrokken. Het verbinden van voorwaarden aan een instemming is dan ook niet toegestaan.

Voor de beantwoording van deze vraag maakt het naar de mening van de afdeling geen verschil of die toekomstige wettelijke regeling reeds als wetsvoorstel aanhangig is bij de Tweede Kamer.

*3. Als vraag 2, maar dan met betrekking tot een instemming die reeds verleend is: Is het mogelijk om achteraf, na het verlenen van de instemming, alsnog daaraan voorwaarden te verbinden?*

*5. Vraag 3: Voorwaarden achteraf*

Gezien het antwoord op vraag 2 moet vraag 3 met «nee» worden beantwoord.

*4. Kan op andere wijze dan door het verbinden van een opschortende voorwaarde aan de instemming worden bewerkstelligd dat een (gedeeltelijk) geprivatiseerde onderneming voldoet aan een nieuwe wettelijke regeling van de vennootschappelijke structuur van de onderneming?*

*6. Vraag 4: Invloed op vennootschappelijke structuur*

De afdeling merkt bij deze vraag het volgende op.

Nu de huidige wettelijke regeling het stellen van voorwaarden niet mogelijk maakt kan alleen door wijziging van de formele wetgeving worden bewerkt. Het is niet mogelijk dat een (gedeeltelijk) geprivatiseerde onderneming voldoet aan een nieuwe wettelijke regeling van de structuur van de vennootschap.

5. *Welke risico's van schadeplichtigheid van de staat zijn er in geval van uitvoering van de motie Crone c.s., mede tegen de achtergrond van het recente arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2002 (Staat vs. Van Vlodrop, JB 2002, 62)?*

7. *Vraag 5: Schadeplichtigheid van de staat*

Deze vraag heeft betrekking op de risico's van schadeplichtigheid voor de staat in geval de motie Crone c.s. zou worden uitgevoerd. Daarbij wordt verwezen naar het arrest Staat vs. Van Vlodrop.

Zoals blijkt uit de inleiding van dit advies heeft de uitvoering van de motie Crone c.s. betrekking op twee casusposities.

- Ten eerste wordt de regering daarin gevraagd achteraf voorwaarden te verbinden aan de reeds gegeven instemming met de privatisering van Obragas, zodat die instemming alsnog gewijzigd kan worden indien daar op grond van de te zijner tijd tot stand te komen wetgeving aanleiding toe is.
- Ten tweede draagt de motie Crone c.s. de regering op geen verdere toestemming voor privatisering van energiedistributiebedrijven te geven, zolang de wetgeving daaromtrent niet is afgerond.

In de procedure die tot het arrest Staat vs. Van Vlodrop heeft geleid stond de vraag centraal of en in hoeverre de staat aansprakelijk is voor de schade die een onderneming lijdt doordat zij bepaalde investeringen heeft gedaan in de verwachting dat die investeringen op korte termijn noodzakelijk waren, terwijl die verwachting niet bewaarheid wordt omdat de overheid haar beleid wijzigt. De Hoge Raad is aan de beantwoording van de vraag of in dit concrete geval schadeplichtigheid bestond niet toegekomen.

Denkbaar is dat uitvoering van de casusposities van de motie Crone c.s. onder omstandigheden schadeplichtigheid van de staat doet ontstaan. Het is echter niet mogelijk die schadeplichtigheid te relateren aan vorengenoemd arrest, daar de uitspraak van de Hoge Raad betrekking heeft op een – gebrekkige – motivering en niet zozeer op de materiële zijde van de schadeplichtigheid. Het ontstaan van schadeplichtigheid is voor beide in de motie Crone c.s. genoemde casusposities afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij kan worden aangetekend dat in verband met het rechtszekerheidsbeginsel het ontstaan van schadeplichtigheid ten aanzien van de eerste casuspositie (reeds verleende instemming) eerder aangenomen zal moeten worden dan ten aanzien van de tweede casusposities (toekomstige verzoeken om instemming).