
Corporate governance bij elektriciteitsbedrijven

Inleiding

In dit artikel geef ik een overzicht van de (toekomstige) wetgeving ten aanzien van corporate governance bij 'half-geprivatiseerde' elektriciteitsbedrijven, zoals bijvoorbeeld TenneT B.V. en N.V. Nuon. Huizink¹ gebruikt de term 'half-geprivatiseerd' voor ondernemingen die zijn ondergebracht in privaatrechtelijke rechtspersonen terwijl de (lagere) overheid enig aandeelhouder is.

Ik zal eerst kort het deelnemingenbeleid van de rijksoverheid uiteenzetten. Daarna bespreek ik de aanpassing van de structuurregeling² en de Nederlandse corporate governance code (hierna: de Code).³ Ten slotte zal ik ingaan op enkele bepalingen in de Elektriciteitswet en het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ('Interventiewet'),⁴ voorzover deze bepalingen van invloed zijn op de corporate governance bij elektriciteitsbedrijven.

Deelnemingenbeleid rijksoverheid

TenneT B.V.

Saranne B.V. (hierna: Saranne) en TenneT B.V. (hierna: TenneT) zijn de enige staatsdeelnemingen in de elektriciteitssector. Saranne houdt de juridische eigendom van het landelijk hoogspanningsnet en TenneT is de beheerder van

het landelijk hoogspanningsnet. Saranne laat ik verder buiten beschouwing.

TenneT is een staatsdeelneming sinds 2000 en is op grond van artikel 10 Elektriciteitswet aangewezen als beheerder van het landelijk hoogspanningsnet. In die hoedanigheid bewaakt TenneT de continuïteit van het landelijk hoogspanningsnet en zorgt, onder andere, voor het transport van elektriciteit over het hoogspanningsnet.

Ingevolge artikel 11a Elektriciteitswet zijn de artikelen 268 tot en met 274 van Boek 2 BW (structuurregeling) van toepassing op de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Het gevolg van de toepassing van het structuurregime is dat de Staat als aandeelhouder minder bevoegdheden heeft dan bij een 'gewone' besloten vennootschap.

Verzelfstandigingenbeleid en keuze voor rechtsvorm

Staatsdeelnemingen die in een privaatrechtelijke rechtsvorm zijn ondergebracht, worden in beginsel op langere of kortere termijn geprivatiseerd.⁵ De staatsdeelneming in TenneT wordt in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid⁶ (hierna: de Nota) een 'op de situatie toegesneden, al dan niet tijdelijke oplossing' genoemd. Daarmee wordt de mogelijkheid opengelaten om de staatsdeelneming in TenneT blijvend te continueren, hetgeen haaks staat op de bedoeling van verzelfstandigde staatsdeelnemingen, te weten privatisering. Sinds 1985 is het deelnemingenbeleid van de Staat erop gericht om bestaande deelnemingen af te stoten, tenzij er doorslaggevende redenen zijn om de deelneming tijdelijk of blijvend te continueren.⁷ De Nota bevestigt dit beleid.⁸ Het publieke belang met betrekking tot het beheer en gebruik van elektriciteitsnetwerken⁹ is door de overheid meermalen benadrukt. Het is echter de vraag of het gesignaleerde publieke belang een doorslaggevende reden is om de staatsdeelneming in TenneT te continueren.

Een andere reden voor verzelfstandiging betreft de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor publieke taken. Via de politieke verantwoordelijkheid kunnen namelijk (bedrijfs)beslissingen bij overheidsdiensten tot in detail op politiek niveau aan de orde komen. Door verzelfstandiging van overheidsdiensten in privaatrechtelijke vorm reikt de politieke verantwoordelijkheid niet verder dan de uitgeoefende bevoegdheden die een minister (of wethouder/gedeputeerde) namens de (lagere) overheid als aandeelhouder volgens de wet en statuten toekomen.

Beheer van staatsdeelnemingen

In de Nota is weergegeven dat de Staat als aandeelhouder in het algemeen dezelfde rechten behoort te hebben als andere

1. J.B. Huizink, De structuurregeling bij geprivatiseerde ondernemingen, WPNR (2000) 6399, p. 279-280.
 2. Gewijzigd voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de aanpassing van de structuurregeling, Kamerstukken I 2002/03, 28 179, nr. 309.
 3. Commissie Corporate Governance, De Nederlandse Corporate Governance Code, 9 december 2003.
 4. Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 1; de meest recente nota van wijziging dateert van 23 februari 2004, Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 11.

5. Kamerstukken II 1996/97, 25 178, nr. 2, p. 6 en Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 4.
 6. Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 5.
 7. Kamerstukken II 1996/97, 25 178, nr. 2, p. 2.
 8. Kamerstukken 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 17.
 9. Onder meer Kamerstukken II 1999/00, 27 018, nr. 1.

aandeelhouders en deze op vergelijkbare wijze behoort uit te oefenen. Voorts wordt in de Nota aangegeven dat een adequate invulling van de rol van de Staat als aandeelhouder inhoudt dat publieke en zakelijke verantwoordelijkheden duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden. Dit geldt in het bijzonder voor de waarborging van bij staatsdeelnemingen betrokken publieke belangen. Deze kunnen het best worden verankerd in wet- en regelgeving, concessievoorwaarden, overeenkomsten, en dergelijke; aandeelhouderschap biedt voor de borging van publiek belang beperkte sturingsmogelijkheden en is daarom minder effectief.¹⁰

Deelnemingenbeleid provincies en gemeentes

Bij lagere overheden bestaat geen uniform beleid (lees: controle) ten aanzien van deelnemingen. Verschillende provincies en gemeentes zijn aandeelhouder van half-geprivatiseerde elektriciteitsbedrijven. Bovendien hebben de provincies en gemeentes vaak het (statutaire) recht om commissarissen te benoemen.

De Nota is mijns inziens tevens van belang voor lagere overheden bij het uitoefenen van hun rechten als aandeelhouder. Het in de Nota opgenomen standpunt ten aanzien van de scheiding van publieke en zakelijke belangen is dermate fundamenteel, dat ik meen dat de Nota in ieder geval ten aanzien van dit punt tevens door de lagere overheden zou moeten worden toegepast.

Structuurregeling

Wijziging structuurregeling

Het voorstel tot wijziging van wet tot wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de aanpassing van de structuurregeling dateert van 8 januari 2002. Het wetsvoorstel is laatstelijk gewijzigd op 9 september 2003.¹¹

Het wetsvoorstel bevat naast aanpassingen van de huidige structuurregeling tevens wijzigingen die van toepassing zijn op 'gewone' besloten en naamloze vennootschappen. Dergelijke algemene wijzigingen bevatten onder meer de dwingendrechtelijke goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten door de aandeelhouders (ontwerpart. 2:107a BW; alleen voor de NV) en een agenderingsrecht van de aandeelhouders (ontwerpart. 2:114a/224a BW).

Wijzigingen ten opzichte van de huidige structuurregeling omvatten onder meer:

1. De algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) krijgt het recht om de jaarrekening van de structuurvennootschap vast te stellen (schrappen huidige art. 2:163/273 en aanpassing art. 2:101/210, 2:105/216 en 2:155/265 BW).

2. Verzwakt structuurregime is van toepassing bij structuurvennootschappen met één aandeelhouder of meerdere aandeelhouders conform een onderlinge regeling tot samenwerking (ontwerpart. 2:155a/265a BW).
3. De raad van commissarissen (RvC) stelt een profielschets voor ten aanzien van de gewenste deskundigheid en achtergrond van commissarissen. Commissarissen worden benoemd door de AVA, op voordracht van de RvC, mits de commissaris past binnen de door de RvC opgestelde profielschets (ontwerpart. 2:158/268 BW).
4. De AVA kan het vertrouwen in de gehele RvC opzeggen. Een dergelijk besluit van de AVA heeft het onmiddellijke ontslag van alle commissarissen tot gevolg (ontwerpart. 2:161a/271a BW).

Nederlandse corporate governance code

Op 9 december 2003 presenteerde de Nederlandse Commissie Corporate Governance de Code. Met de Code wordt beoogd het vertrouwen van het publiek in een eerlijke, integere en transparante gang van zaken binnen Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen te herstellen.

De Code is van toepassing op vennootschappen met een statutaire zetel in Nederland, waarvan aandelen of certificaten van aandelen toegelaten zijn tot de notering van een gereglementeerde effectenbeurs, ongeacht of dit in Nederland is of in enig ander land.

Hoewel de Code alleen zal gelden voor beursgenoteerde ondernemingen, heeft de rijksoverheid reeds aangegeven de Code, waar mogelijk, toe te passen op staatsdeelnemingen.¹² De Minister van Financiën zal daartoe speerpunten formuleren, maar geeft wel aan dat het primair aan de vennootschap is om voorstellen aan de aandeelhouders voor te leggen.

In het bestek van dit artikel beperk ik mij bij het bespreken van de Code tot de bepalingen die samenhangen met de invloed van de AVA en de eisen die worden gesteld aan de raad van bestuur (RvB) en RvC. Enkele hoofdpunten, opgenomen in de Code, zijn:

- de vennootschap dient een op de vennootschap toegesneden risicobeheersings- en controlesysteem te hebben;
- beperking van het aantal lidmaatschappen van raden van bestuur en raden van commissarissen;
- beperking van de duur van de aanstelling van bestuurders en commissarissen;
- onafhankelijkheid van alle commissarissen, met uitzondering van één persoon;
- aandeelhouders zouden bestuurders en commissarissen gemakkelijker moeten kunnen ontslaan en voordrachten tot benoeming van een bestuurder of commissaris gemakkelijker moeten kunnen doorbreken;

10. Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 1.

11. Kamerstukken I 2002/03, 28 179, nr. 309.

12. Kamerstukken II 2003/04, 28 165, nr. 12, p. 2.

- de hoofdpunten van de corporate governance structuur dienen in een afzonderlijk hoofdstuk van het jaarverslag te worden vermeld. De vennootschap dient daarin uitdrukkelijk op te nemen of en in hoeverre de Code wordt toegepast en, in geval van niet-toepassing, dit te motiveren (pas toe of leg uit).

Op grond van een nieuw in te voeren lid 4 van artikel 2:391 BW¹³ kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode. In de kabinetsreactie op de Code¹⁴ heeft de Nederlandse regering aangegeven een voorhangprocedure te starten om de Code aan te wijzen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 BW.

Elektriciteitswet

‘Unbundling’

Elektriciteitsnetwerken vormen een natuurlijk monopolie. De (rechts)persoon die beschikt over de netten, zou toegang kunnen hebben tot bedrijfsgevoelige (verbruiks)informatie. Voorts hebben elektriciteitsleveranciers geen alternatief voor de bestaande netwerken om elektriciteit aan hun klanten te leveren. Het recht op vrije toegang tot de netten dient daarom in een vrije elektriciteitsmarkt te worden gewaarborgd. Naast sectorspecifiek toezicht door de Dienst uitvoering en toezicht energie (DTe) bevat de Elektriciteitswet (art. 10) onder meer de verplichting dat distributie-activiteiten (levering van elektriciteit) en netbeheeractiviteiten in verschillende onafhankelijke vennootschappen moeten zijn ondergebracht (‘Unbundling’).

Onafhankelijkheidseisen

Op grond van artikel 10 lid 3 Elektriciteitswet is een netbeheerder een naamloze of besloten vennootschap. Artikel 11 Elektriciteitswet bepaalt dat de statuten van een netbeheerder in ieder geval bevatten:

- a. de instelling van een RvC;
- b. de bepaling dat de leden van de RvB en de leden van de RvC direct noch indirect binding hebben met een producent, een leverancier of een aandeelhouder van een netbeheerder (de Interventiewet voegt hieraan toe: een handelaar in elektriciteit);
- c. RvC-goedkeuring voor ten minste de besluiten als bedoeld in artikel 2:164 lid 1 BW of artikel 2:274 lid 1 BW;
- d. de bepaling dat de aandeelhouders zich onthouden van iedere bemoeiing met de uitvoering van de werkzaamheden die uit hoofde van artikel 16 lid 1 of 2 Elektriciteitswet (wettelijke taken en verplichtingen) aan de netbeheerder zijn opgedragen.

Ten aanzien van TenneT gelden nog strengere eisen. Artikel 93a Elektriciteitswet bepaalt dat de aandelen in TenneT berusten bij de Staat. Voorts is in artikel 11a Elektriciteitswet het volgende vastgelegd ten aanzien van TenneT:

- a. de toepasselijkheid van de structuurregeling (art. 2:268 t/m 2:274 BW);
- b. het vereiste dat de statuten slechts kunnen worden gewijzigd na voorafgaande goedkeuring door de Minister van Economische Zaken (EZ);
- c. de RvB en de meerderheid van de RvC hebben direct noch indirect binding met een producent, een leverancier, een handelaar of een aandeelhouder van deze vennootschap (ingevolge de Interventiewet zal het onder c genoemde vereiste worden gewijzigd in: De RvB en de meerderheid van de leden van de RvC hebben direct noch indirect binding met een rechtspersoon die de productie, aankoop of levering van gas of elektriciteit verricht of met een aandeelhouder van die rechtspersoon);
- d. leden van de RvC kunnen slechts worden benoemd na goedkeuring van de Minister van EZ.

Enkele waarnemingen

Elektriciteitsbedrijven

De lagere overheden houden aandelen in half-geprivatiseerde elektriciteitsbedrijven op holdingniveau. De artikelen 10 en 11 Elektriciteitswet gelden slechts ten aanzien van netbeheerders en doorkruisen niet de beoogde versterking van aandeelhoudersrechten in de nieuwe structuurregeling. Het is voorts denkbaar dat de half-geprivatiseerde elektriciteitsbedrijven met het oog op toekomstige privatisering de Code reeds nu (gedeeltelijk) willen toepassen.

Ten aanzien van de RvC van half-geprivatiseerde elektriciteitsbedrijven zal ingevolge de nieuwe structuurregeling een nieuw wettelijk benoemingssysteem gelden. De commissaris van overheidswege ingevolge artikel 2:268 lid 12 BW verdwijnt. Ontwerpartikel 2:268 lid 12 van de nieuwe structuurregeling laat echter toe dat de overheidscommissaris desondanks gehandhaafd kan blijven, omdat het ontwerpartikel afwijking van het nieuwe benoemingssysteem toelaat. Voor een dergelijke afwijking is de toestemming van de RvC en de ondernemingsraad vereist.

Toepassing van de best practice bepalingen in de Code omtrent de onafhankelijkheid van de leden van de RvC zal de lagere overheden wel voor een dilemma stellen. Best practice bepaling III.2.2 sub f bepaalt dat een commissaris die bestuurder, commissaris of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon, niet zijnde een groepsmaatschappij, die ten minste 10% van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap houdt, niet onafhankelijk is van de vennootschap. Het is slechts toegestaan om één afhankelijke commissaris in de RvC te benoemen. Bovendien dient het begrip ‘anderszins vertegenwoordiger’ mijns inziens ruim te worden uitgelegd. De Code zal derhalve handhaving van de traditionele overheidscommissaris lastig maken.

13. Kamerstukken I 2002/03, 28 179, nr. 309.

14. Kamerstukken II 2003/04, 29 449, nr. 1, p. 26.

Afwijkingen van de Code zijn echter mogelijk, mits gemotiveerd en goedgekeurd door de AVA. Het dunkt mij dat een sluitende motivering voor afwijking van de Code op het punt van onafhankelijkheid van commissarissen lastig is.

Netbeheerders

Voor netbeheerders, niet zijnde TenneT, geldt dat de nieuwe structuurregeling en de Code geen invloed zullen hebben op hun corporate governance. Het structuurregime is momenteel niet van toepassing op netbeheerders. De Code geldt slechts voor beursgenoteerde ondernemingen op holdingniveau. Netbeheerders voldoen in de regel aan geen van beide vereisten.

Gebleken is dat onvoldoende toezicht door de RvC op de RvB kan leiden tot ongewenste gevolgen. De Code is mede ontstaan vanuit boekhoudaffaires en andere malversaties bij ondernemingen. In dat kader is veelvuldig geconstateerd dat een effectief toezicht door commissarissen op de RvB van groot belang is. Terwijl de Code een eind tracht te maken aan het 'old boys network', kunnen de bestaande strikte onafhankelijkheidseisen die ten aanzien van de RvB en RvC van netbeheerders gelden, ertoe leiden dat de kring van geschikte kandidaten voor de RvC en RvB dermate klein wordt, dat het ene 'old boys network' door het andere wordt vervangen.

TenneT

De nieuwe structuurregeling geeft de Staat als enig aandeelhouder van TenneT meer rechten. Voorts is in het deelnemingenbeleid vastgelegd dat, waar mogelijk, de Code wordt toegepast op staatsdeelnemingen. Toepassing van de Code zou resulteren in een verdere versterking van de positie van de Staat als aandeelhouder en bevat voorts nadere onafhankelijkheidseisen voor de RvC en RvB.

Daar staat tegenover dat de Elektriciteitswet bepalingen bevat om de invloed van de aandeelhouder van TenneT te beperken. Deze beperkingen betreffen reguliere corporate governance (wettelijke toepassing van het structuurregime en de Minister van EZ dient wijzigingen in de statuten en de benoeming van commissarissen goed te keuren). Bovendien is de huidige aandeelhouder beperkt in zijn recht om de aandelen in TenneT te vervreemden.

De Elektriciteitswet (art. 93a) bepaalt dat de aandelen in TenneT berusten bij de Staat. Dientengevolge vereist een eventuele privatisering goedkeuring door de Tweede Kamer (wetswijziging). Voorts schrijft de bepaling in artikel 93 lid 3 Elektriciteitswet (alsmede ontwerp art. 93 lid 2, 3 en 4 Interventiewet) voor dat iedere wijziging in het eigendom van een net en/of de aandelen in een netbeheerder voorafgaande goedkeuring van de Minister van EZ behoeft.

Conclusie

Aandeelhouderschap van de overheid is geen geschikt middel om publieke belangen te waarborgen. Staatsdeelnemingen

in de vorm van naamloze en besloten vennootschappen dienen zich niet te richten op publieke belangen. Het deelnemingenbeleid van de rijksoverheid bevestigt deze constatering.

De Elektriciteitswet bevat diverse waarborgen om het publieke belang, zoals vrijemarkttoegang, voorzieningszekerheid en leveringszekerheid, bij met name netbeheerders te waarborgen. Een aantal van deze waarborgen zijn vervat in corporate governance bepalingen. De corporate governance regels in de Elektriciteitswet gaan echter in tegen de ontwikkelingen op het gebied van corporate governance.

De Staat heeft andere middelen om het publieke belang te behartigen, zoals onder meer vergunningvoorwaarden, het instemmingsrecht bij aanwijzing van netbeheerders en het instellen van een toezichthouder. Op woensdag 31 maart 2004¹⁵ is een brief van minister Brinkhorst verschenen over dit onderwerp. In de brief zullen waarschijnlijk aanvullende maatregelen worden voorgesteld om het bij de netbeheerders betrokken publieke belang te waarborgen. Aandeelhouderschap van de (rijks)overheid zal hierin naar verwachting nog een rol blijven spelen totdat sectorspecifieke regelgeving en toezicht zich dusdanig ontwikkelen, dat volledige privatisering van netbeheerders mogelijk wordt.

*Mr. H.A. Kerstholt
NautaDutilh*

15. Bij het afronden van deze bijdrage was de betreffende brief nog niet gepubliceerd.
