

Nederlandse Mededingingsautoriteit

ONDERZOEKSRAPPORT
inzake publiek en onafhankelijk netbeheer

Rapportnummer 102680/23

Datum: 4 juni 2007

Inhoudsopgave

1	Conclusies	3
2	Inleiding.....	5
2.1	Aanleiding en onderzoeksopdracht	5
2.2	Afbakening onderzoek.....	7
2.3	Leeswijzer	7
3	Toetsingskader en onderzoeksmethodiek	8
3.1	Thans geldende wettelijke eisen	8
3.2	Nog in werking te treden wettelijke eisen	9
3.3	Toetsing aan de materiële doelstellingen van de wet	10
4	Toetsing aan geldende wetgeving	11
4.1	Bestuurlijke onafhankelijkheid.....	11
4.2	Financiële onafhankelijkheid.....	13
4.3	Operationele onafhankelijkheid.....	15
4.4	Voldoende financiële middelen	19
4.5	Voldoende kwaliteit en capaciteit	20
5	Toetsing aan de materiële doelstellingen van de wet.....	23
5.1	Verbeterde borging door Wet onafhankelijk netbeheer	23
5.2	Resterende aandachtspunten publiek en onafhankelijke netbeheer	24
6	Maatregelen ter versterking van publiek en onafhankelijk netbeheer.....	29
6.1	Voorstellen bedrijven naar aanleiding van de Won	29
6.2	Mogelijke aanvullende maatregelen.....	30
6.3	Volledig uitsluiten risico's.....	32
	Bijlage 1: Bronnen overzicht.....	34
	Bijlage 2: Brieven voorstellen verticaal geïntegreerde energiebedrijven	35

1 Conclusies

In de eind 2006 aangenomen Wet onafhankelijk netbeheer zijn de artikelen die splitsing van de energiebedrijven tot gevolg hebben voor onbepaalde tijd uitgesteld. Daarbij bepaalde de motie Doek en Sylvester c.s. dat, indien het publiek en onafhankelijk netbeheer in gevaar is, alsnog tot splitsing kan worden overgegaan. In dat kader heeft de Minister van Economische Zaken NMa/DTe gevraagd in juni 2007 voor het eerst te rapporteren over de stand van zaken aangaande het publiek en onafhankelijk netbeheer en "zich een oordeel te vormen over de vraag of het huidige wettelijke kader en eventuele aanvullende maatregelen binnen de huidige geïntegreerde structuur van de bedrijven, voldoende is om het publiek en onafhankelijk netbeheer zodanig te borgen dat het uit te sluiten is dat er zich nu en in de komende jaren (waarin de Noordwest Europese energiemarkt zich verder ontwikkelt tot een steeds competitievere markt) risico's voor het netbeheer voordoen".

NMa/DTe heeft eerst getoetst of de verticaal geïntegreerde energiebedrijven voldoen aan de tot nu toe geldende wettelijke eisen. Daarbij is vastgesteld dat, op enkele punten na, wordt voldaan aan de wettelijke eisen, hetgeen in overeenstemming is met de resultaten die vanuit de reguliere toezichtstaak naar voren zijn gekomen. Op basis van de Won worden in de komende periode additionele eisen van kracht waardoor het publiek en onafhankelijk netbeheer wordt versterkt. Mede naar aanleiding van deze additionele eisen, treffen de energiebedrijven momenteel maatregelen die het publiek en onafhankelijk netbeheer verder versterken. NMa/DTe is dan ook van mening dat het met het publiek en onafhankelijk netbeheer in Nederland, in vergelijking tot omliggende landen, goed gesteld is. Deze conclusie wordt ondersteund door het feit dat de Nederlandse netwerken met ongeveer dertig storingsminuten per afnemer per jaar tot de betrouwbaarste netten van Europa behoren.

Dat neemt niet weg dat geredeneerd vanuit de maatschappelijke doelen van de wet, NMa/DTe concludeert dat het publieke en onafhankelijk netbeheer toch nog versterkt kan en moet worden. NMa/DTe heeft in dat kader een aantal aandachtspunten benoemd. De geïntegreerde energiebedrijven hebben reeds zelf maatregelen voorgesteld die de geconstateerde aandachtspunten adresseren. Deze voorstellen vormen een goed uitgangspunt, maar gaan naar het oordeel van NMa/DTe nog niet op alle punten ver genoeg, gelet op de toekomstige ontwikkelingen waarbij de bedrijven meer commerciële (buitenlandse) activiteiten zullen ontplooiën. NMa/DTe heeft mede op basis van de voorstellen van de energiebedrijven tien mogelijke maatregelen geformuleerd die alle geïdentificeerde aandachtspunten adresseren. Daarbij moet worden vermeld dat deze voorstellen nog getoetst dienen te worden op effectiviteit en proportionaliteit, juridische haalbaarheid, onderlinge consistentie en de (maatschappelijke) kosten en baten van de maatregelen. In hoeverre deze aanvullende maatregelen er toe leiden dat het publiek en onafhankelijk netbeheer in voldoende mate worden geborgd, is uiteindelijk een politieke en beleidsmatige afweging.

Het antwoord op de vraag of risico's voor het netbeheer volledig uit te sluiten zijn, is dat risico's nooit volledig kunnen worden uitgesloten. Dit geldt zowel voor het scenario waarbij het netbeheer onderdeel uitmaakt van verticaal geïntegreerde energiebedrijven, als voor het scenario waarbij het netbeheer wordt afgesplitst. Wel is het zo dat in beide scenario's sprake is van een ander risicoprofiel, dat ook consequenties heeft voor het toezicht.

In een gesplitste situatie is de operationele onafhankelijkheid van het netbeheer op de sterkst mogelijke manier geborgd. De noodzaak van toezicht op mogelijke bevoordeling vanuit de netbeheerder naar andere onderdelen van de holding vervalt dan ook. Wel blijft het risico op kruissubsidiëring bestaan zolang de netbeheerder onderdeel blijft uitmaken van een groep die wordt toegestaan commerciële, niet gereguleerde (neven-) activiteiten te ontplooiën. Al met al zullen de toezichtstaken van NMa/DTe in het splitsingsscenario verminderen.

Dat neemt echter niet weg dat ook in het scenario van splitsing risico's bestaan, waardoor adequaat toezicht van NMa/DTe op het netbeheer noodzakelijk zal blijven. Het reeds bestaande toezicht op de bedrijfsmatige efficiëntie, de financiële soliditeit, kwaliteit en continuïteit en de markt faciliterende taken van het netbeheer, dient met dezelfde intensiteit te worden gecontinueerd.

De risico's van beide scenario's verschillen vooral van aard. Gezien de toenemende maatschappelijke en politieke behoefte aan garanties vergt de waardering van deze verschillen een politieke beoordeling. Hierbij zullen ook andere belangen, die zich veelal in een Europese context afspelen, meegenomen moeten worden.

Gelet op het uitgangspunt van de scheiding tussen beleid en toezicht kan NMa/DTe als onafhankelijk toezichthouder dan ook geen uitspraak doen over hoe deze waardering dient plaats te vinden.

2 Inleiding

2.1 Aanleiding en onderzoeksopdracht

Op 21 november 2006 is het voorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (hierna: Won) aangenomen door de Eerste Kamer. Bij brief van 17 november 2006 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer heeft de Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister) bevestigd dat de regering de motie van de leden Doek en Sylvester c.s. (hierna: de Motie) overeenkomstig het "dictum" zal uitvoeren. Dit betekent dat de Minister, voorafgaand aan een besluit tot inwerkingstelling van onderdeel B van zowel artikel I als II van de Won (de bepaling waarmee de netwerkbedrijven "gesplitst" moeten worden van verticaal geïntegreerde energiebedrijven) in overleg zal treden met beide Kamers der Staten-Generaal. Hiermee is splitsing van de netwerkbedrijven voor onbepaalde tijd uitgesteld.

De motie roept de regering op om "een besluit tot effectuering van een splitsing niet te nemen dan nadat duidelijk is dat de Europese Unie zal overgaan tot het vaststellen van een dergelijke Richtlijn en ten aanzien van zware risico's met betrekking tot de cross border leasecontracten is voorzien, tenzij het publiek en onafhankelijk netbeheer in gevaar komt. Dit kan bijvoorbeeld geschieden wanneer sprake is van het verrichten van buitenlandse activiteiten en/of van het aangaan van grensoverschrijdende allianties, dan wel bij verstoring van evenwichtige marktverhoudingen en niet-transparante non-discriminatoire financiële verhoudingen of bij het ontbreken van gelijke toegang tot de netten."

In de Motie wordt de regering verzocht om tenminste één keer per jaar, en wel voor het eerst op 1 november 2007, mede op grond van de bevindingen van NMa/DTe, over het publiek en onafhankelijk netbeheer te rapporteren. Door recente ontwikkelingen is het publiek en onafhankelijk netbeheer opnieuw onderwerp van debat in de Tweede Kamer. Aanleiding daartoe vormen onder meer de op handen zijnde fusie tussen Nuon en Essent en (voorgenomen) buitenlandse activiteiten van energiebedrijven. Ten aanzien van de overname van het Belgische Indaver door energiebedrijf Delta N.V. heeft de Minister in reactie op kamervragen geantwoord dat: "niet op voorhand direct kan worden uitgesloten dat de voorgenomen overname van Indaver door Delta niet binnen het "dictum" van de Motie valt".

Ingevolge de Motie heeft de Minister aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit (hierna: NMa) de volgende opdracht verstrekt:

"Het is de uitdrukkelijke vraag van de Minister aan de NMa om zich een oordeel te vormen over de vraag of het huidige wettelijke kader en eventuele aanvullende maatregelen binnen de huidige geïntegreerde structuur van de bedrijven, voldoende is om het publiek en onafhankelijk netbeheer zodanig te borgen dat het uit te sluiten is dat er zich nu en in de komende jaren (waarin de Noordwest

Europese energiemarkt zich verder ontwikkelt tot een steeds competitievere markt) risico's voor het netbeheer voordoen."

Directie Toezicht energie van de NMa (hierna: NMa/DTe) heeft ter beantwoording van de vraag van de Minister dit rapport voorbereid. NMa/DTe is niet gevraagd de Minister te adviseren over splitsing, hetgeen immers een beleidsmatige afweging is. NMa/DTe zal vanuit haar rol als onafhankelijk toezichthouder hierover dan ook geen uitspraak doen. De waardering van de aandachtspunten die in deze rapportage zijn geformuleerd ligt bij de politiek. Daarbij moet worden opgemerkt dat ook andere belangen, die buiten het werkkterrein van NMa/DTe vallen en derhalve niet in deze rapportage worden genoemd, in de politieke wegging moeten worden meegenomen.

2.2 Afbakening onderzoek

Deze rapportage beperkt zich tot de regionale netbeheerders. De landelijke netbeheerders (Tennet en Gasunie) zijn niet in het onderzoek meegenomen. Het onderzoek is gebaseerd op informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaak reeds beschikt. Daarbij wordt opgemerkt dat voor deze rapportage in de regel alle regionale netbeheerders (zowel gesplitste als verticaal geïntegreerde) zijn onderzocht. Er zijn echter een aantal onderdelen waarvoor geldt dat alleen de vier grootste regionale netbeheerders zijn onderzocht. In deze rapportage zal ter verduidelijking telkens worden aangegeven of de gebruikte informatie betrekking heeft op alle regionale netbeheerders of enkel op de vier grootste.

2.3 Leeswijzer

In hoofdstuk 3 wordt het kader geschetst waaraan in deze rapportage is getoetst en wordt de onderzoeksmethode behandeld. In hoofdstuk 4 volgt de feitelijke toetsing door NMa/DTe aan de hand van een vijftal hoofdonderwerpen (bestuurlijke, financiële en operationele onafhankelijkheid, voldoende financiële middelen en voldoende kwaliteit en capaciteit). Hoofdstuk 5 behandelt aandachtspunten ten aanzien van het publiek en onafhankelijk netbeheer. In hoofdstuk 6 worden maatregelen behandeld die het publiek en onafhankelijk netbeheer versterken, onder andere worden voorstellen van de geïntegreerde energiebedrijven daaromtrent meegenomen.

3 Toetsingskader en onderzoeksmethodiek

Na overleg met het Ministerie van Economische Zaken heeft NMa/DTe aan de aan haar verleende opdracht invulling gegeven, door eerst te toetsen of wordt voldaan aan de thans geldende wettelijke eisen die het publiek en onafhankelijk netbeheer moeten borgen. Daarna wordt onderzocht in hoeverre energiebedrijven nu reeds rekening hebben gehouden met de wettelijke eisen die nog in werking zullen treden. Voorts brengt NMa/DTe in kaart in hoeverre met de huidige wettelijke normen de met de wet beoogde doelstellingen voldoende worden geborgd. Afsluitend worden maatregelen ter versterking van het publiek en onafhankelijk netbeheer voorgesteld en wordt de vraag van de Minister of risico's voor het netbeheer uit te sluiten zijn, beantwoord.

3.1 Thans geldende wettelijke eisen

Een essentieel onderdeel van het gehanteerde toetsingskader wordt gevormd door de thans geldende energiewetten. Dit zijn de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en de Gaswet, met inbegrip van de reeds in werking getreden bepalingen uit de wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (de Won). In zowel de E-wet als Gaswet kunnen in relatie tot het publiek en onafhankelijk netbeheer twee maatschappelijke doelen onderscheiden worden ten behoeve van een goed functionerende energiemarkt. Schematisch is dit weergegeven in onderstaand figuur. Enerzijds is dat het creëren van voorwaarden voor goede marktwerking en anderzijds het borgen van de leveringszekerheid. Om een goede marktwerking te realiseren, stelt de wet eisen aan onafhankelijk netbeheer, waarbij NMa/DTe bestuurlijke, financiële en operationele onafhankelijkheidseisen onderscheidt. Ten behoeve van leveringszekerheid zijn eisen opgenomen om de publieke functie van het netbeheer veilig te stellen. NMa/DTe onderscheidt hiervoor eisen aan de financiële middelen die voor het realiseren van doelmatig en betrouwbaar functionerende netten nodig zijn en eisen aan de kwaliteit en capaciteit van de netten. Om te bepalen welke artikelen betrekking hebben op het publiek en onafhankelijk netbeheer zijn de energiewetten onderzocht.



Deze groepering en de op basis daarvan ingedeelde artikelen zijn op 25 april jl. voorgelegd aan vertegenwoordigers van de netbeheerders. De toetsing of is voldaan aan de wettelijke eisen is gebaseerd op informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaak reeds beschikt. NMa/DTe doet immers voortdurend onderzoek naar de naleving van de wettelijke eisen. Daarbij wordt wel opgemerkt dat enkele onderzoeken (zoals het onderzoek naar de factureringskosten en een onderzoek naar tijdigheid van het aanleveren van meetgegevens) nog gaande zijn. De definitieve uitkomsten van deze onderzoeken worden op een later tijdstip bekend gemaakt. Bijlage 1 bevat een bronnenoverzicht.

Op 16 januari 2007 is een aantal bepalingen uit de Won in werking getreden. Naast enkele technische wijzigingen en andere wijzigingen die niet direct verband houden met het publiek en onafhankelijk netbeheer, zijn dat de artikelen 18a en 10e van respectievelijk de E-wet en de Gaswet. Op grond van deze artikelen kan een algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) worden vastgesteld waarin eisen zijn vastgelegd omtrent een goed financieel beheer van een netbeheerder. Deze AMvB is echter nog niet vastgesteld. Bij de beoordeling van een netbeheerder is om die reden gebruik gemaakt van de financiële eisen zoals deze nu gelden en gespecificeerd zijn in het door de Minister van Economische Zaken goedgekeurde 'Handhavingsplan groepsfinanciering van energiebedrijven'. Ook zijn meegenomen de eisen die voortvloeien uit de door de Minister vastgestelde 'Beleidsregel aanwijzing netbeheerders' en de 'Regeling kwaliteitsaspecten netbeheer elektriciteit en gas'.

3.2 Nog in werking te treden wettelijke eisen

Diverse van de bepalingen uit de Won worden momenteel nog verder uitgewerkt. Dit neemt niet weg dat in onderhavig rapport wel iets gezegd wordt over de mate waarin al wordt voldaan aan hetgeen met de Won wordt beoogd. Op 1 januari 2008 en op 1 juli 2008 treedt een aantal andere bepalingen van de Won in werking. In verband met het publiek en onafhankelijk netbeheer zijn van belang de bepalingen die betrekking hebben op de overdracht van de economische eigendom van de netten aan de netbeheerders, het creëren van een zogenaamde "brede" netbeheerder en de invoering van het verbod om activiteiten en handelingen te verrichten die strijdig zijn met het belang van het beheer van het net. Dit verbod komt in de plaats van het huidige beleningsverbod en is ruimer van aard omdat alle verrichtingen die strijdig zijn met het belang van het net verboden worden. NMa/DTe is in overleg getreden met het bestuur van Eneco, Essent, Delta, en Nuon om in kaart te brengen hoe de energiebedrijven invulling gaan geven aan de nog in werking te treden bepalingen uit de Won. Verder kwam daarbij aan de orde of er maatregelen zijn genomen, dan wel het voornemen bestaat om maatregelen te nemen, die verder reiken dan de huidige wetgeving en die het publiek en onafhankelijk karakter van het netbeheer kunnen versterken.

3.3 Toetsing aan de materiële doelstellingen van de wet

De onderzoeksopdracht van de Minister richt zich in belangrijke mate op de vraag of het publiek en onafhankelijk netbeheer op basis van de wettelijke bepalingen ook in materieel opzicht voldoende wordt gerealiseerd. Dit mede omdat het de beleidsmatige vraag is of het huidige wettelijke kader toereikend is om het publiek en onafhankelijk netbeheer te borgen, of dat splitsing noodzakelijk is. NMa/DTe ziet het als haar taak om op basis van de uitkomsten van de toets aan het wettelijk kader haar professionele oordeel te vormen wat de stand van zaken is ten aanzien van het publiek en onafhankelijk netbeheer en de risico's hieromtrent in kaart te brengen.

Of gesplitst dient te worden is echter een beleidsmatige afweging die NMa/DTe vanuit haar rol als onafhankelijk toezichthouder niet kan en wil maken.

4 Toetsing aan geldende wetgeving

In dit hoofdstuk wordt getoetst of de netbeheerders voldoen aan de wettelijke eisen ten aanzien van het publiek en onafhankelijk netbeheer. Ten aanzien van marktwerking (onafhankelijk netbeheer) zijn in de paragrafen 4.1 t/m 4.3 afzonderlijke criteria opgenomen. Ten aanzien van leveringszekerheid (publiek netbeheer) is in de paragrafen 4.4 en 4.5 aan de relevante criteria getoetst. Daar waar aandachtspunten zijn ten aanzien van de materiële uitwerking, worden deze vermeld. In hoofdstuk vijf worden deze aandachtspunten vervolgens behandeld.

4.1 Bestuurlijke onafhankelijkheid

De wettelijke eis om bestuurlijke onafhankelijkheid te waarborgen bij de uitvoering van de aan een netbeheerder opgedragen taken, vindt zijn basis in de artikelen 11 en 16, lid 4, E-wet en de artikelen 3 en 7, lid 1, Gaswet. Deze artikelen schrijven voor hoe een netbeheerder vennootschapsrechtelijk ingericht moet zijn en verbieden de bemoeienis van aandeelhouders, producenten, leveranciers en handelaren met de uitvoering van de wettelijke taken van een netbeheerder.

4.1.1 Eisen aan de vennootschappelijke inrichting van een netbeheerder

Artikel 10, lid 3, van de E-wet en artikel 2, lid 1, Gaswet verplichten eigenaren van een net een afzonderlijke rechtspersoon aan te wijzen als beheerder, die conform artikelen 11, lid 1, E-wet en 3, lid 1 Gaswet geen producent, leverancier of handelaar is. Een netbeheerder dient conform de artikelen 12 E-wet 4 Gaswet, onverwijld na zijn aanwijzing dit te melden aan de Minister die, indien is voldaan aan de noodzakelijke voorwaarden, dient in te stemmen met de aanwijzing.

De artikelen 11, lid 2, E-wet en 3, lid 2, Gaswet betreft de vennootschapsrechtelijke inrichting van de regionale netbeheerders waarbij als waarborg voor hun onafhankelijkheid geëist wordt dat de statuten in ieder geval bevatten:

- a. de instelling van een raad van commissarissen;
- b. de bepaling dat de leden van het bestuur en de meerderheid van de leden van de raad van commissarissen direct noch indirect binding hebben met [in geval van beheerder van een elektriciteitsnet] een producent, een leverancier of een aandeelhouder van de netbeheerder; [in geval van een beheerder van een gasnet] een rechtspersoon die de productie, aankoop of levering van gas verricht;
- c. in afwijking van artikel 129, derde lid, of artikel 239, derde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de bepaling dat aan de goedkeuring van de raad van commissarissen ten minste zijn onderworpen de besluiten van het bestuur van de rechtspersoon, bedoeld in artikel 164, eerste lid, of artikel 274, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek [besluiten die bij een structuurvennootschap aan die goedkeuring onderworpen];
- d. de bepaling dat de aandeelhouders van de netbeheerder zich onthouden van iedere bemoeiing met de uitvoering van de werkzaamheden die op grond van de E-wet en Gaswet aan een netbeheerder zijn opgedragen.

Bevindingen

Voordat de Minister instemt met de aanwijzing van een netbeheerder, overlegt de netbeheerder aan de Minister de benodigde informatie. De Minister toetst of de netbeheerder voldoet of kan voldoen aan de wettelijke bepalingen, waaronder de eis over de inhoud van de statuten. De neteigenaren hebben ieder een afzonderlijke netbeheerder aangewezen die geen producent, leverancier of handelaar is, waarop de Minister instemming heeft verleend. Naar nu is komen vast te staan, is in de statuten van één van de relatief kleinere netbeheerders verzuimd een noodzakelijke bepaling op te nemen. Het betreft de bepaling dat aan de goedkeuring van de raad van commissarissen ten minste zijn onderworpen, de besluiten die bij een structuurvennootschap aan die goedkeuring zijn onderworpen. Doordat instemming is verleend met de aanwijzing van de netbeheerders heeft de Minister impliciet ook de statuten van die netbeheerder goedgekeurd. NMa/DTe concludeert dat in de statuten van alle netbeheerders, uitgezonderd één, de vereiste bepalingen zijn opgenomen. De statuten van de betreffende netbeheerder zullen overeenkomstig de wet aangepast dienen te worden.

4.1.2 Eisen ten aanzien van onthouding van bemoeiing met uitvoering taken

Een andere eis ter bevordering van de onafhankelijkheid van een netbeheerder is opgenomen in artikel 16 lid 4 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 7 lid 1 van de Gaswet welke eisen stellen aan de zelfstandigheid van de netbeheerder in het uitvoeren van zijn taken:

Producenten, leveranciers, handelaren, aandeelhouders en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek dienen zich te onthouden van iedere bemoeiing met de uitvoering van de wettelijke taken die aan een netbeheerder zijn opgedragen. Dit vormt evenwel geen beletsel voor passende coördinatiemaatregelen.

Bevindingen

Bij de naleving van de wettelijke bepalingen gaat het niet alleen om de wijze waarop een en ander in de statuten, contracten en reglementen is vastgelegd, maar ook hoe hiermee in de praktijk wordt omgegaan. De onafhankelijkheid van de netbeheerder kan immers ook beperkingen kennen door persoonlijk contact tussen functionarissen van de betrokken rechtspersonen en de wijze waarop in het contact sprake is van afhankelijkheid en ondergeschiktheid.

Op basis van de informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaken momenteel beschikt, concludeert NMa/DTe dat voldaan wordt aan de wettelijke eisen ten aanzien van onthouding van bemoeiing met de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerders. Dat neemt niet weg dat er een spanning kan bestaan met het materiële belang van bestuurlijke onafhankelijkheid, doordat momenteel de benoeming, het ontslag en het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden van de bestuurders en commissarissen is voorbehouden aan de aandeelhouder. In hoofdstuk vijf wordt hierop ingegaan.

4.1.3 Conclusie t.a.v. bestuurlijke onafhankelijkheid

Op basis van de informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaken momenteel beschikt, concludeert NMa/DTe dat op één uitzondering na wordt voldaan aan de wettelijke eisen daar waar het gaat om bestuurlijke onafhankelijkheid. Bij één netbeheerder is geconstateerd dat een vereiste bepaling niet in de statuten is opgenomen, deze statuten dienen dan ook aangepast te worden. NMa/DTe is wel van mening dat de bestuurlijke onafhankelijkheid verder versterkt kan worden. In hoofdstuk vijf wordt hier nader op ingegaan.

4.2 Financiële onafhankelijkheid

De wettelijke normering om financiële onafhankelijkheid te waarborgen bij de uitvoering van de aan een netbeheerder opgedragen taken, vindt zijn basis in de artikelen 93b en 43 Elektriciteitswet 1998 en de artikelen 85b en 32 Gaswet, aangevuld met eisen vanuit de Beleidsregel aanwijzing netbeheerders en het Handhavingsplan groepsfinanciering van energiebedrijven. De artikelen bevatten eisen om een ongewenste bezwaring van de netten te voorkomen, eisen dat een netbeheerder zelfstandig kan voorzien in de financiering van de uitvoering van zijn wettelijke taken en de eis dat een netbeheerder een afzonderlijke boekhouding voert. Dit hoofdstuk behandelt de ongewenste bezwaring van de netten, de zelfstandige financiering en de afzonderlijke boekhouding in aparte paragrafen.

4.2.1 Eisen ten aanzien van ongewenste bezwaring van de netten

Om een ongewenste bezwaring van de netten te voorkomen is op 14 juli 2004 door middel van de "I&I-wet" artikel 93b aan de E-wet en een gelijkkluidend artikel 85b aan de Gaswet toegevoegd. Sindsdien is een beleningsverbod van kracht inzake de gas en elektriciteitsnetten. Dit verbod is geïntroduceerd om de toenmalige "status quo" te handhaven met het oog op een voorgenomen splitsing van regionale energiebedrijven. De Minister beoogde hiermee te voorkomen dat, in de periode totdat een splitsing wettelijk zou zijn geregeld, de energiebedrijven het net en de inkomsten daaruit zouden bezwaren om commerciële activiteiten te financieren.

Het beleningsverbod (artikel 93b E-wet en 85b Gaswet) bepaalt dat:

1. Een net waarvoor een netbeheerder is aangewezen niet beschikbaar wordt gesteld als zekerheid voor het aantrekken van financiële middelen, behoudens voor zover dit geschiedt ten behoeve van het netbeheer.
2. Er ten behoeve van derden geen rechten worden gevestigd op basis van de toekomstige inkomsten uit een net waarvoor een netbeheerder is aangewezen, behoudens voor zover dit geschiedt ten behoeve van het netbeheer.

Volgens het overgangsrecht geldt het beleningsverbod uitsluitend voor overeenkomsten die zijn gesloten op of ná 14 juli 2004. Ter toelichting is opgemerkt dat het verbod geen betrekking heeft op reeds eerder gesloten overeenkomsten. Het door de Minister goedgekeurde 'Handhavingsplan groepsfinanciering van energiebedrijven' voorziet in een nadere uitleg van wat al dan niet toelaatbaar is volgens het beleningsverbod.

Bevindingen

Op basis van de informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaken momenteel beschikt, concludeert NMa/DTe dat, daar waar de wet duidelijk is, het beleningsverbod niet wordt geschonden. Zo heeft NMa/DTe op basis van door netbeheerders overlegde documenten niet kunnen vaststellen dat de netten, noch de rechten op toekomstige inkomsten uit de netten, op of na 14 juli 2004 beschikbaar zouden zijn gesteld als zekerheid voor het aantrekken van financiële middelen. NMa/DTe merkt daarbij op dat het beleningsverbod geen duidelijkheid biedt in hoeverre verrekening, het vormen van een fiscale eenheid met groepsmaatschappijen en de situatie dat netbeheerders betrokken zijn in bancaire stelsels van saldo- en rentecompensatie, is toegestaan. NMa/DTe heeft vastgesteld dat bovengenoemde situaties voorkomen, maar kan vanwege de onduidelijkheid in de wetgeving niet met voldoende juridische zekerheid beoordelen of dit in strijd is met de wet.

4.2.2 Eis van zelfstandige financiering door een netbeheerder

De Beleidsregels aanwijzing netbeheerders bepalen in artikel 2, lid 5, dat de netbeheerder de financieringsmogelijkheden onafhankelijk van het oordeel van de neteigenaar mag gebruiken:

Indien tussen de neteigenaar en de aangewezen netbeheerder is overeengekomen dat de financieringsmogelijkheden door een ander dan de aangewezen netbeheerder worden geboden, dient de overeenkomst te bepalen dat de aangewezen netbeheerder de financieringsmogelijkheden onafhankelijk van het oordeel van de neteigenaar mag gebruiken.

Bevindingen

NMa/DTe heeft onderzocht hoe de financieringsmogelijkheden worden geboden. Gebleken is dat netbeheerders doorgaans geen zelfstandige aanspraak hebben jegens banken of derden tot het aantrekken van financiële middelen. Netbeheerders zijn veelal afhankelijk van concernfinanciering, en wel door het participeren in bancaire stelsels van de groep waarvan zij deel uitmaken. In de beheerovereenkomsten is vastgelegd dat de eigenaar van het net financiering verstrekt aan de netbeheerder en wel zodanig dat die netbeheerder vrijelijk kan beschikken over financiële middelen dan wel andere financiering. Uit een aantal beheerovereenkomsten is gebleken dat toestemming nodig is van de aandeelhouder voor aanvullende financiering buiten het jaarlijks investeringsplan om. Dit is in strijd met het bepaalde in artikel 2, vijfde lid, van de Beleidsregels aanwijzing netbeheerders. De betreffende beheerovereenkomsten dienen dan ook te worden aangepast. Niet is gebleken dat zich in het verleden situaties hebben voorgedaan, waarin de aandeelhouder geen toestemming heeft verleend voor aanvullende investeringen die noodzakelijk waren voor de uitvoering van de wettelijke taken.

4.2.3 Eisen aan afzonderlijke boekhouding en publicatie jaarrekening

Artikel 43 Elektriciteitswet 1998 en artikel 32 Gaswet verplichten een netbeheerder een afzonderlijke boekhouding te voeren voor het beheer van de netten. Naast diverse bepalingen ten aanzien van

de inhoud van de boekhouding, bepalen de betreffende artikelen de openbaarmaking van de jaarrekening. Artikel 18 E-wet en artikel 10d Gaswet verplichten een netbeheerder zijn jaarrekening, de daartoe behorende toelichting en de daarbij gevoegde verklaring waaruit blijkt dat de financiële verhouding tussen de netbeheerder en de groepsmaatschappijen voldoet aan de gestelde eisen, te zenden aan de raad van bestuur van de NMa.

Bevindingen

NMa/DTe heeft jaarlijks van alle netbeheerders de jaarrekening en de daarbij behorende bescheiden ontvangen. Op basis van de informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaken momenteel beschikt, concludeert NMa/DTe dat is voldaan aan de wettelijke eisen voor een afzonderlijke boekhouding.

NMa/DTe heeft bij het onderzoek inzake de winsten van de energiebedrijven geconstateerd dat NMa/DTe niet snel en effectief kan vaststellen wat de (samenstelling van de) winst is, voor zover deze worden gerealiseerd op gereuleerde activiteiten. Dit ondanks de medewerking van de energiebedrijven. In hoofdstuk vijf wordt hier nader op ingegaan.

4.2.4 Conclusie t.a.v. financiële onafhankelijkheid

NMa/DTe concludeert dat, daar waar de wet duidelijk is, het beleningsverbod niet wordt geschonden. NMa/DTe merkt daarbij op dat het beleningsverbod geen duidelijkheid biedt in hoeverre verrekening, het vormen van een fiscale eenheid met groepsmaatschappijen en de situatie dat netbeheerders betrokken zijn in bancaire stelsels van saldo- en rentecompensatie, is toegestaan. Voorts constateert NMa/DTe dat niet door alle netbeheerders wordt voldaan aan de wettelijke eisen, aangezien twee netbeheerders niet in alle gevallen bevoegd zijn om de financieringsmogelijkheden onafhankelijk van het oordeel van hun aandeelhouder te gebruiken. Ten aanzien van de wettelijke eisen van de afzonderlijke boekhouding en de publicatie van de jaarrekening concludeert NMa/DTe dat daaraan momenteel wordt voldaan. NMa/DTe kan niet snel en effectief vaststellen wat de (samenstelling van de) winst is, voor zover deze worden gerealiseerd op gereuleerde activiteiten. Dit ondanks de medewerking van de energiebedrijven. NMa/DTe zal de Minister adviseren hoe tot deze duidelijkheid te komen.

4.3 Operationele onafhankelijkheid

Om de operationele onafhankelijkheid te waarborgen kent de wet bepalingen die bevoordeling van verwante ondernemingen en discriminatie in het handelen van een netbeheerder dienen te voorkomen. Tevens bepaalt de wet dat een netbeheerder een reglement vaststelt waarin regels worden gesteld die beogen discriminatie bij de uitoefening van de netbeheerders taken en bevoegdheden te voorkomen.

4.3.1 Verbod tot bevoordeling verwante ondernemingen

Op grond van de artikelen 18 E-wet en 10d Gaswet is het een netbeheerder die onderdeel is van een verticaal geïntegreerd energiebedrijf niet toegestaan om verwante ondernemingen te bevoordelen

boven anderen waarmee een dergelijke groepsmaatschappij in concurrentie treedt, of anderszins voordelen toe te kennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is. De wet geeft een opsomming van handelingen die in ieder geval niet zijn toegestaan:

- a. het verstrekken van gegevens aan een groepsmaatschappij over afnemers, niet zijnde afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en afnemers, niet zijnde afnemers als bedoeld in artikel 43, eerste lid, van de Gaswet [kleinverbruikers], die een verzoek hebben gedaan als bedoeld in artikel 23 of 24 van de Elektriciteitswet 1998 respectievelijk een verzoek als bedoeld in hoofdstuk 2 van de Gaswet [een verzoek tot aansluiting en / of transport];
- b. het leveren van goederen of diensten aan een groepsmaatschappij tegen een vergoeding die lager is dan de redelijkerwijs daaraan toe te rekenen kosten [misbruik van interne verrekenprijzen];
- c. het toestaan van het gebruik door een groepsmaatschappij van de naam en het beeldmerk van de netbeheerder op een wijze waardoor verwarring bij het publiek te duchten is over de herkomst van goederen of diensten.

Bevindingen

Ad a. (verstrekken van gegevens)

Op basis van de informatie waarover NMa/DTe in het kader van haar reguliere toezichtstaken momenteel beschikt, concludeert NMa/DTe dat wordt voldaan aan de wettelijke eis en er geen bevoordeling plaatsvindt door het verstrekken van gegevens zoals hierboven beschreven.

Ad b. (misbruik interne verrekenprijzen)

NMa/DTe heeft in het recent gepubliceerd "Onderzoeksrapport inzake de interne verrekenprijzen van energiebedrijven" geconcludeerd dat bij de bedrijven sprake is van een transparant en adequaat opgezet intern verrekenprijssysteem dat is verankerd in de interne processen. Dit leidt, voor zover NMa/DTe heeft kunnen constateren, tot uniforme interne verrekenprijzen binnen de bedrijven. NMa/DTe heeft geen aanwijzingen die, op dit moment, verdergaand onderzoek naar kruissubsidies, of de marktconformiteit van de intern in rekening gebrachte tarieven, noodzakelijk maakt. NMa/DTe concludeert dat de bedrijven voldoen aan de wettelijke eis dat er geen bevoordeling door misbruik van interne verrekenprijzen plaatsvindt.

Ad c. (gelijkende namen en beeldmerken)

Groepsmaatschappijen maken geen gebruik van de naam en het beeldmerk van de netbeheerder. Essent Netwerk maakt wel gebruik van het beeldmerk van de groepsmaatschappij. Gelijkende namen zijn niet bij wet verboden, alleen indien verwarring bij het publiek te duchten is over de herkomst van goederen of diensten. De Minister heeft bij de aanwijzing van de netbeheerders ingestemd met de beeldmerken en de namen van Continuon Netbeheer, Delta Netwerkbedrijf, ENECO NetBeheer, Essent Netwerk, en die van de overige netbeheerders. NMa/DTe heeft klachten en signalen ontvangen dat het huidige gebruik van namen en beeldmerken verwarrend zou werken

voor het publiek. In hoofdstuk vijf wordt nader ingegaan op het gebruik van namen en beeldmerken.

4.3.2 Plicht dat netbeheerder zich onthoudt van iedere vorm van discriminatie

Artikelen 23, 24, 26a, 28 en 79 E-wet en 10, 14, en 37 Gaswet bevatten normen waarin de eis is opgenomen dat een netbeheerder zich dient te onthouden van iedere vorm van discriminatie. De non-discriminatie bepalingen gelden t.a.v.:

- de verzoeker van een aansluiting op het door een netbeheerder beheerde net;
- de verzoeker van een aanbod om met gebruikmaking van het door een netbeheerder beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren;
- de voorwaarden die een netbeheerder hanteert;
- de tarieven voor de aansluiting van de afnemers die producent zijn;
- de gebruikers van gastransportnetten;
- de gegevens over de bedrijfsvoering van een netbeheerder die commercieel voordeel kunnen opleveren en die ter beschikking worden gesteld aan anderen.

Bevindingen

NMa/DTe onderzoekt vanuit haar toezichtstaak elk signaal over mogelijke discriminatie door een netbeheerder. NMa/DTe heeft in het verleden signalen ontvangen dat het realiseren van een aansluiting op het net te lang duurde. NMa/DTe heeft in alle gevallen deze signalen onderzocht en is waar nodig in overleg getreden met de betrokken netbeheerder. In al die gevallen bleken nadere maatregelen niet nodig.

Eén netbeheerder heeft NMa/DTe geïnformeerd dat, doordat hij hetzelfde IT systeem gebruikt als de verwante leverancier, hij een keer per ongeluk klantgegevens van de netbeheerder aan de leverancier heeft verstrekt, die deze heeft gebruikt voor een "mailing". Momenteel doet NMa/DTe onderzoek naar dit voorval. Tevens wordt, naar aanleiding van een klacht, momenteel onderzoek verricht naar de vergoedingen van netbeheerders aan derden voor geleverde factureringsdiensten. Aangezien de bovengenoemde onderzoeken nog lopen, kan NMa/DTe nog geen nadere conclusies trekken. Na afloop van de onderzoeken zal over beide zaken worden gerapporteerd.

4.3.3 Reglement t.b.v. non-discriminatie en nalevingsverslag

Ter ondersteuning van de eis dat een netbeheerder niet discrimineert, is in artikel 11b E-wet en 3c Gaswet bepaald dat een netbeheerder voorzorgsmaatregelen dient te nemen die discriminatie voorkomen en over de naleving daarvan dient te rapporteren. Deze voorzorgsmaatregelen zijn:

1. De Netbeheerder stelt een reglement vast, waarin regels worden gesteld die beogen discriminatie bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet te voorkomen. Het reglement bevat in ieder geval regels ten aanzien van het gedrag van werknemers die ertoe strekken dat discriminatie als bedoeld in de vorige volzin wordt voorkomen.

2. De Netbeheerder draagt er zorg voor dat elke werknemer is gebonden aan het reglement en ziet er op toe dat het reglement nauwgezet wordt nageleefd
3. De Netbeheerder stelt jaarlijks een verslag op over de wijze waarop uitvoering is gegeven aan het reglement, en welke maatregelen in dat kader zijn genomen. Hij zendt het verslag naar de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit en draagt zorg voor publicatie op geschikte wijze.

Bevindingen

Op basis van haar toezicht stelt NMa/DTe vast dat alle netbeheerders een reglement hebben vastgesteld met daarin opgenomen de verplichte regels. De netbeheerders zorgen ervoor dat elke werknemer is gebonden aan het reglement en indien een medewerker het reglement niet heeft ondertekend dan hebben de netbeheerders deze medewerkers, op aandrang van NMa/DTe, door middel van een directiebrief hen aan het reglement gebonden. Nadat NMa/DTe netbeheerders heeft gewezen op hun wettelijke plicht om een nalevingsverslag op te stellen en te verzenden aan de RvB van de NMa, blijkt dat ook hierin de netbeheerders voldoen aan de wettelijke eisen. Wel heeft NMa/DTe kanttekeningen geplaatst bij het functioneren van het reglement in de praktijk; dit blijkt niet altijd voldoende te zijn. NMa/DTe is van mening dat de netbeheerders hierin pro-actiever kunnen handelen. In het nalevingsverslag van één netbeheerder is vermeld dat na een interne audit, door het desbetreffende bedrijf is geconcludeerd dat de mate waarin het shared service center voldoet aan de wet- en regelgeving ten aanzien van de vertrouwelijkheid van netwerk- en meetgegevens, onvoldoende is. NMa/DTe zal hier nader onderzoek naar verrichten en zal na afloop definitieve conclusies trekken.

4.3.4 Conclusies t.a.v. operationele onafhankelijkheid

Om de operationele onafhankelijkheid te beoordelen doet NMa/DTe diverse onderzoeken. Daar waar de onderzoeken zijn afgerond, concludeert NMa/DTe dat de netbeheerders in het algemeen voldoen aan de wettelijke eisen ten aanzien van operationele onafhankelijkheid. Over de lopende onderzoeken kan pas gerapporteerd worden wanneer deze zijn afgerond.

Groepsmaatschappijen maken geen gebruik van de naam en het beeldmerk van de netbeheerder. De Minister heeft bij de aanwijzing van de netbeheerders ingestemd met de beeldmerken en de namen van de netbeheerders. NMa/DTe heeft wel klachten en signalen ontvangen dat het huidige gebruik van namen en beeldmerken verwarrend zou werken voor het publiek. Op het gebruik van namen en beeldmerken wordt in hoofdstuk vijf nader ingegaan. Ten aanzien van de wettelijke bepalingen omtrent een reglement ter voorkoming van discriminatie, is NMa/DTe van mening dat netbeheerders pro-actiever kunnen handelen om te zorgen dat het reglement voldoende werkt in de praktijk.

4.4 Voldoende financiële middelen

Een netbeheerder dient voor het uitvoeren van zijn wettelijke taken te beschikken over voldoende eigen financiële middelen ten behoeve van de uitvoering van zijn wettelijke taken.

4.4.1 Eis van voldoende financiële middelen

De plicht dat een netbeheerder over voldoende eigen financiële middelen of over andere financieringsmogelijkheden moet beschikken voor het doen van voor het netbeheer noodzakelijke uitgaven, is opgenomen in artikel 2, vijfde lid, van de Beleidsregels aanwijzing netbeheerders en ingevuld in het Handhavingsplan groepsfinanciering van energiebedrijven. De Minister betreft deze eis bij zijn beoordeling of kan worden ingestemd met de aanwijzing als netbeheerder. Om de permanente naleving van deze eis te borgen, verlangen de energiewetten voorts dat een netbeheerder na diens aanwijzing jaarlijks een opgaaf doet aan de toezichthouder over de middelen waarover hij beschikt voor de uitvoering van zijn taken. NMa/DTe betreft deze informatie onder meer bij de beoordeling van kwaliteits- en investeringsplannen. Voor de beoordeling van de financiële positie van een netbeheerder zijn in het Handhavingsplan vier financiële criteria opgenomen. Bij de beoordeling van de scores op de criteria, hanteert NMa/DTe grenswaarden. De criteria en grenswaarden voor regionale netbeheerders zijn:

1. Earnings before interest and taxation / rentedekking ten minste 1,7
2. Funds from operation / rente dekking ten minste 2,5
3. Funds from operation / totale schuld ten minste 11%
4. Totale schuld/totale kapitalisatie ten hoogste 70%

Netbeheerders die een "rating" bij een erkende "rating agency" aanhouden, en die als netbedrijf tenminste de "investment grade" status hebben, hoeven NMa/DTe niet te informeren over hun score op de genoemde criteria.

Bevindingen

NMa/DTe is onlangs een onderzoek gestart naar de groepsfinanciering van netbeheerders en energiebedrijven. De resultaten hiervan zullen in de rapportage van november 2007 opgenomen worden. In het kader van dit onderzoek heeft NMa/DTe de netbeheerders gevraagd cijfers te overleggen op basis waarvan de bovengenoemde criteria berekend kunnen worden. Op basis van de overlegde cijfers zijn de ratio's berekend en blijkt vooralsnog dat eind 2005 de netbeheerders die onderdeel zijn van geïntegreerde energiebedrijven voldeden aan de normen. Derhalve concludeert NMa/DTe dat de netbeheerders voldoen aan de thans geldende wettelijke normen ten aanzien van de financiële criteria.

Bij de berekening van de financiële kengetallen constateert NMa/DTe op diverse onderdelen afwijkingen tussen de door de netbeheerder en de door NMa/DTe berekende scores. Dit heeft geen invloed op de beoordeling aangezien zowel de door NMa/DTe als de netbeheerders

berekende scores voldoen aan de norm. Wel is ook hier vastgesteld dat ondanks de medewerking van de energiebedrijven NMa/DTe niet snel en effectief kan vaststellen of wordt voldaan aan de normen ten aanzien van de financiële criteria.

4.4.2 Conclusie t.a.v. voldoende financiële middelen

NMa/DTe concludeert dat op de laatste peildatum de netbeheerders over voldoende eigen financiële middelen beschikten voor het doen van voor het netbeheer noodzakelijke uitgaven en concludeert daarom dat de netbeheerders de wettelijke bepalingen naleven, inclusief de invulling die het Handhavingsplan daaraan geeft. NMa/DTe constateert dat het moeilijk is om snel en effectief vast te kunnen stellen of wordt voldaan aan de normen ten aanzien van de financiële criteria. NMa/DTe zal de Minister adviseren hoe tot deze duidelijkheid te komen.

4.5 Voldoende kwaliteit en capaciteit

Artikel 21 E-wet en artikel 8 Gaswet verplichten netbeheerders te zorgen voor voldoende kwaliteit(sbeheersing) en transportcapaciteit voor nu en in de toekomst.

4.5.1 Eisen ten behoeve van kwaliteit en capaciteit

De eisen ten behoeve van kwaliteit en capaciteit zijn opgenomen in artikel 21 E-wet en artikel 8 Gaswet en stellen onder andere dat:

1. Een netbeheerder beschikt over een doeltreffend systeem voor de beheersing van de kwaliteit van zijn transportdienst en over voldoende transportcapaciteit om te voorzien in de totale behoefte.
2. De netbeheerder om het jaar bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een door hem vastgesteld document indient (hierna: kwaliteit- en capaciteitsdocument).
3. Bij ministeriële regeling regels worden gesteld ten aanzien van een kwaliteitsbeheersingssysteem.
4. Het kwaliteit- en capaciteitsdocument openbaar gemaakt dient te worden.

Op basis van de genoemde artikelen is een ministeriële regeling "kwaliteitsaspecten netbeheer elektriciteit en gas" (hierna: de MR kwaliteit) opgesteld. Deze regeling bevat onder andere eisen ten aanzien van:

- a. Samenhang tussen verschillende plannen zoals investeringsplan, onderhoudsplan, de totstandkoming van deze plannen en de relatie met de algemene begroting van de organisatie;
- b. Risico-inventarisatie en analyse en implementatie van aanpassingen als gevolg van evaluaties naar de organisatie;
- c. Het verzamelen en ter beschikking hebben van gegevens over het netwerk (procedure voor het ontvangen en verzamelen van meldingen en storingen, beschrijving toestand componenten en bedrijfsmiddelenregister);

- d. Registratie en haalbaarheid streefwaarden;
- e. Raming capaciteitsbehoefte.

Bevindingen

De Nederlandse netwerken behoren met ongeveer dertig storingsminuten per afnemer per jaar tot de betrouwbaarste netten van Europa. NMa/DTe heeft tot op heden over geen van de netbeheerders dan ook klachten over de kwaliteit en capaciteit van de regionale netten ontvangen.

Momenteel beoordeelt NMa/DTe of de, uiterlijk op 1 december 2005, door alle netbeheerders ingediende kwaliteit- en capaciteitsdocumenten (hierna KCDs) voldoen aan de wettelijke eisen en de eisen uit de MR kwaliteit. Dit is de eerste beoordelingsronde op basis van de MR kwaliteit. NMa/DTe beschouwt deze eerste beoordelingsronde als een nulmeting. Daarom is ervoor gekozen om eventueel non-conform gedrag niet te sanctioneren. Wel dient een netbeheerder non-conform gedrag zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk in het nieuw in te dienen KCD voor 2007, te hebben opgelost. De definitieve resultaten van de beoordeling zullen in de rapportage van november 2007 opgenomen worden. De voorlopige bevindingen geven al wel een impressie van de stand van zaken voor alle netbeheerders.

In het algemeen zijn netbeheerders doordrongen van het belang van een goede kwaliteits- en capaciteitsbeheersing. Wel blijkt dat sommige KCD's nog niet op alle punten volledig zijn. Tijdens de verrichte bedrijfsbezoeken blijkt echter wel dat er over het algemeen gewerkt wordt volgens vastgelegde procedures. Uit de documenten blijkt nog onvoldoende de samenhang tussen processen en plannen, waardoor niet voldoende duidelijk is hoe bijvoorbeeld investeringsplannen samenhangen met de jaarlijkse begroting (consistentie) en op welke wijze een netbeheerder daarop stuurt (onderlinge en wederzijdse afhankelijkheid). Daardoor is bijvoorbeeld niet voldoende duidelijk of netbeheerders voldoende rekening houden met (vervangings)investeringen die in de toekomst nodig zullen zijn. Wanneer er een samenhang is tussen processen en plannen dan is deze nog niet gebaseerd op een doorwrochte risico-analyse. In het volgende KCD zal de beschrijving van de verschillende netcomponenten uitgebreid moeten worden en zal een duidelijker verband gelegd moeten worden tussen de (verandering) in de toestand van de componenten en beslissingen voor vervanging van deze componenten op basis van een doordachte risico-analyse.

Voor wat betreft de ramingen van benodigde transportcapaciteit capaciteitsbehoefte blijkt dat de netbeheerders, mede op basis van betrokkenheid van afnemers, een redelijk goed zicht hebben op de ontwikkelingen die zich in de toekomst in hun voorzieningsgebied gaan voordoen. Hierbij is van belang dat netbeheerders werken met meerdere scenario's waarbij ze een (risico-)inschatting maken van de waarschijnlijkheid waarmee een scenario zich zal voordoen.

4.5.2 Conclusie t.a.v. voldoende kwaliteit en capaciteit

NMa/DTe concludeert dat alle netbeheerders doordrongen zijn van de noodzaak van een goede kwaliteit- en capaciteitsbeheersing. Wel zijn er nog een aantal punten geconstateerd die verdere verbetering behoeven om volledig aan de wettelijke eisen te voldoen. Omdat nu voor het eerst getoetst wordt is afgesproken dat deze punten opgelost dienen te zijn in het eerstvolgende kwaliteit- en capaciteitsdocument.

5 Toetsing aan de materiële doelstellingen van de wet

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat de energiebedrijven, op enkele punten na, voldoen aan de wettelijke eisen ten aanzien van een publiek en onafhankelijk netbeheer. Dit is in overeenstemming met de resultaten die vanuit de reguliere toezichtstaak naar voren zijn gekomen. De energiebedrijven hebben rekenschap gegeven van de verscherpte eisen die voortvloeiden uit de I&I wet en de thans in werking getreden bepalingen uit de Won door navenante maatregelen door te voeren. Daar waar in het verleden non-conform gedrag is geconstateerd, heeft NMa/DTe passende maatregelen ter correctie genomen.

In dit hoofdstuk wordt, conform het verzoek van de Minister, beoordeeld of het huidige en binnen afzienbare termijn geldende wettelijke kader voldoende is om het publiek en onafhankelijk netbeheer zodanig te borgen dat volledig uit te sluiten is dat er zich nu en in de komende jaren risico's voor het netbeheer voordoen. NMa/DTe zal daar waar nodig aangeven welke verbeteringen ten behoeve van publiek en onafhankelijk netbeheer mogelijk zijn.

5.1 Verbeterde borging door Wet onafhankelijk netbeheer

Ten versterking van het publiek en onafhankelijk netbeheer worden in de komende periode ingevolge de Won additionele eisen van kracht, waar NMa/DTe vanaf dat moment ook actief toezicht op zal houden. Op 1 juli 2008 zullen in dat kader een aantal bepalingen in werking treden die de onafhankelijkheid van het netbeheer beogen te versterken. Dit betreft met name een versterking ten aanzien van de operationele en de financiële onafhankelijkheid:

- Artikel 10a van de E-wet en artikel 3b van de Gaswet leggen de verplichting op dat de netbeheerder dient te beschikken over het economisch eigendom van het door hem beheerde net. Hierdoor krijgt de netbeheerder direct de beschikking over alle activa en toebehoren die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van zijn taken. Hij komt daarmee tevens te beschikken over de daarvoor noodzakelijke financieringsbron. De kans dat de juridische eigenaar van het net zijn beschikkingsbevoegdheid over het net kan gebruiken voor commerciële doeleinden wordt hierdoor aanzienlijk verkleind.
- Artikel 16Aa van de E-wet en artikel 7a van de Gaswet maken een einde aan de zogenaamde "smalle" netbeheerder. Op grond van deze bepalingen is uitbesteding van werkzaamheden door de netbeheerder alleen toegestaan in enkele expliciet aangegeven gevallen. Het overgrote deel van de werkzaamheden moet door de netbeheerder in eigen beheer worden verricht. In de gevallen waarin uitbesteding is toegestaan behoudt de netbeheerder de verantwoordelijkheid voor de juiste uitvoering daarvan. Het onafhankelijk functioneren van de netbeheerder bij de uitvoering van zijn wettelijke taken wordt hierdoor versterkt.
- In artikel 17 van de E-wet en artikel 10b van de Gaswet is het verbod opgenomen handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig zijn met het belang van het netbeheer. Ten aanzien van dit ruim geformuleerde verbod heeft de wetgever bepaald dat daar in ieder geval onder moet

worden verstaan het verstrekken van zekerheden door de netbeheerder en het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden voor zover die gedragingen geen verband houden met het netbeheer. Deze bepalingen lijken in het kader van het toezicht meer armslag te geven om op te treden tegen onwenselijke situaties dan thans het geval is.

Naar aanleiding van de additionele nog in werking te treden eisen gesteld in de Won, nemen de energiebedrijven momenteel aanvullende maatregelen. Deze maatregelen komen bovenop eerdere initiatieven die vanuit de energiesector zijn ondernomen ter verbetering van de marktwerking, waaronder de introductie van een nieuw marktmodel en het meetregister. Vooralsnog zijn bij NMa/DTe geen definitieve aanvullende maatregelen van de betrokken bedrijven bekend, mede ook doordat de plannen ten dele afhankelijk zijn van een nog op te stellen AMvB omtrent een goed financieel beheer van de netbeheerder. De aangescherpte wettelijke eisen zullen in de praktijk ongetwijfeld tot een versterking van het publiek en onafhankelijk netbeheer leiden.

5.2 Resterende aandachtspunten publiek en onafhankelijke netbeheer

Mede op basis van de voorgaande constatering en de ervaring met het toezicht in het algemeen, is NMa/DTe van mening dat het met het publiek en onafhankelijk netbeheer in Nederland, in vergelijking tot omliggende landen, goed is gesteld. Dit neemt echter niet weg dat, zoals eerder al geconstateerd, het op specifieke punten beter kan en moet, waarbij bijvoorbeeld het verwarrende gebruik van namen en beeldmerken een serieus aandachtspunt vormt. Uit de recente parlementaire discussies blijkt bovendien dat de behoefte voor garanties ten aanzien van het publiek en onafhankelijk netbeheer momenteel verder strekt dan de eisen zoals die in de wet zijn vastgelegd en binnen afzienbare termijn in het kader van de Won van kracht worden. Ook signaleert NMa/DTe dat, gegeven de ontwikkeling van de markt, het waarschijnlijk is dat energiebedrijven meer (buitenlandse) commerciële activiteiten zullen gaan ontplooiën. Onderzocht moet worden in welke mate de huidige wettelijke kaders ook in het licht van deze ontwikkeling voldoende waarborgen bieden voor het publiek en onafhankelijk netbeheer.

Gegeven deze toenemende noodzaak van een goede borging van het publiek en onafhankelijk netbeheer heeft NMa/DTe aandachtspunten geformuleerd waarop het publiek en onafhankelijk netbeheer in materieel opzicht kan worden verbeterd. Deze punten richten zich met name op de wijze waarop thans de geïntegreerde netbeheerders organisatorisch zijn ingericht. Alhoewel deze wijze van organisatie binnen de huidige wetgeving is toegestaan en dus niet tot sancties vanuit de toezichthouder kan leiden, kan voor elk van deze aandachtspunten het beoogde doel van publiek en onafhankelijk netbeheer worden versterkt.

Bestuurlijke onafhankelijkheid

Ook als de verticaal geïntegreerde energiebedrijven hun netbeheerder vennootschapsrechtelijk hebben ingericht conform de wettelijke eisen, verdient de onafhankelijkheid van een netbeheerder tegenover de aandeelhouder verdere versterking. Daarbij is met name een aandachtspunt dat de

bevoegdheid om de bestuurders en de commissarissen te benoemen, te ontslaan en hun arbeidsvoorwaarden vast te stellen, momenteel bij de aandeelhouder van de netbeheerder rust. Hierdoor hebben de aandeelhouders de mogelijkheid om op indirecte wijze zeggenschap over het bestuur van de netbeheerder uit te oefenen. Deze indirecte zeggenschap van de aandeelhouder wordt ingeperkt door het verbod dat aandeelhouders zich niet mogen bemoeien met de wettelijke taken van de netbeheerder en doordat de aandeelhouder zich conform de wet redelijk en billijk dient te gedragen ten opzichte van de netbeheerder. Het is echter moeilijk vast te stellen in hoeverre die macht van de aandeelhouders in de praktijk wordt ingeperkt door het verbod tot bemoeiing. Tot op heden zijn NMa/DTe geen gevallen bekend waarin deze situatie zich heeft voorgedaan, daar staat tegenover dat bemoeiing in de praktijk door de toezichthouder nauwelijks zou zijn vast te stellen.

Eén van de overwegingen bij de keuze voor bovengenoemde bestuurlijke inrichting (governance structuur), was het uitgangspunt dat de energiebedrijven de jaarrekeningen op groepsniveau moesten kunnen blijven consolideren zoals toentertijd door de Minister is onderkend. De hierboven genoemde zeggenschap is noodzakelijk om te mogen consolideren. Tussen de noodzakelijke zeggenschap voor consolidatie en de doelstelling van bestuurlijke onafhankelijkheid bestaat echter een zekere spanning. Consolideren kan namelijk alleen (en moet) als er sprake is van "zeggenschap". Deze "zeggenschap" wordt in International Financial Reporting Standards gedefinieerd als "de macht om het financiële en operationele beleid van een entiteit te sturen teneinde voordelen te verkrijgen uit haar activiteiten".

Financiële onafhankelijkheid

NMa/DTe heeft geconcludeerd dat daar waar het beleningsverbod duidelijk is hieraan wordt voldaan. Met betrekking tot het financiële management van de energiebedrijven heeft NMa/DTe echter verscheidene aandachtspunten geconstateerd.

- **Verrekening:** Een aantal groepsmaatschappijen incasseren de inkomsten uit het net ten behoeve van de netbeheerder. Groepsmaatschappijen voeren als beleid dat artikel 19 van de algemene bankvoorwaarden met betrekking tot verrekening dient te zijn uitgesloten. Dit betekent echter nog niet dat de bank geen beroep kan doen op de wettelijke gronden voor verrekening (vanaf artikel 6:127 BW), op grond waarvan de bank bevoegd is tot verrekening indien zij een vordering heeft op de wederpartij. Door hun uit de wet voortvloeiende verrekeningsbevoegdheid kunnen deze banken met voorrang aanspraak maken op (toekomstige) inkomsten uit het net van de netbeheerder. Ook zijn een aantal verticaal geïntegreerde netbeheerders betrokken in bancaire stelsels van saldo- en rentecompensatie. In dergelijke stelsels zijn de positieve saldi op de betrokken rekeningen doorgaans ter dekking aangeboden aan de bank ten behoeve van compensatie in geval van negatieve saldi. Voorts brengen de meeste verticaal geïntegreerde netbeheerders hun overtollige financiële middelen bij de holding in een "rekening-courant" onder en zijn de diverse groepsmaatschappijen

(waaronder de netbeheerder) doorgaans een fiscale eenheid aangegaan. Uit al deze financiële relaties volgt een wederzijdse compensatiemogelijkheid, waarbij in geval van insolventie van de holding er een financieel risico ontstaat voor de netbeheerder, hetgeen een risico inhoudt voor het publiek en onafhankelijk netbeheer.

- **Overgangsrecht:** Uit de wetgeving is voorts niet duidelijk of het beleningsverbod eveneens betrekking heeft op wijzigingen ná 14 juli 2004 van overeenkomsten die op 14 juli 2004 reeds bestonden of het vestigen na 14 juli 2004 van nieuwe zekerheidsrechten op basis van overeenkomsten die op 14 juli 2004 reeds bestonden. In dat kader zijn op nieuwe delen van een net die ná 14 juli 2004 zijn gerealiseerd pand- en hypotheekrechten geconstateerd, in overeenstemming met cross border lease afspraken die reeds voor 14 juli 2004 zijn aangegaan.
- **Transparantie boekhouding:** Tot slot heeft NMa/DTe vastgesteld dat, ondanks medewerking van de netbeheerders, niet snel en effectief vastgesteld kan worden wat de (samenstelling van de) financiële situatie van de netbeheerder is. Als gevolg hiervan wordt de effectiviteit waarmee NMa/DTe toezicht kan houden in de praktijk belemmerd.

Operationele onafhankelijkheid door niet bevoordelen of discrimineren

Groepsmaatschappijen maken geen gebruik van de naam en het beeldmerk van de netbeheerder en voldoen daarmee formeel aan de wet. Ook is door de Minister eerder ingestemd met het gebruik van de huidige namen en beeldmerken van de netbeheerders. Gegeven de huidige stand van zaken op de energiemarkt en uitgaande van de klachten en signalen die NMa/DTe heeft ontvangen, is NMa/DTe van mening dat het huidige gebruik van gelijkende namen en beeldmerken niet bevorderend werkt voor de marktwerking. Ook de praktijk dat netbeheerders werkzaamheden, waarvoor serviceauto's nodig zijn, uitbesteden aan groepsmaatschappijen die de auto's bedrukken met het logo van de holding werkt verwarrend. De verticaal geïntegreerde energiebedrijven hebben hiermee een voordeel boven niet verticaal geïntegreerde energiebedrijven. NMa/DTe concludeert dat deze praktijk en de wetgeving daaromtrent onvoldoende garanties biedt om verwarring bij het publiek te voorkomen en derhalve niet bijdraagt aan een betere marktwerking.

Het gebruik van geïntegreerde IT systemen en "shared service centers" door netbeheerders en verwante leveranciers is ook een aandachtspunt. Aangezien de meterstanden al in het gedeelde IT systeem staan, heeft de verwante leverancier direct toegang tot deze gegevens en is het niet nodig deze gegevens via een derde partij (zoals het Energy Clearing House) te routeren. Voor niet-verwante leveranciers daarentegen is een dergelijke routing echter wel noodzakelijk. Gebleken is dat er situaties zijn geweest waarin niet-verwante leveranciers niet tijdig meetgegevens aangeleverd kregen, terwijl de verwante leverancier wel tijdig de gegevens kreeg. Door interventie vanuit NMa/DTe en doordat een aantal tekortkomingen door de netbeheerders zelf bij NMa/DTe zijn aangekaart, zijn de tekortkomingen beperkt gebleven in duur en omvang. Desalniettemin hebben de verwante leveranciers echter wel een voordeel gehad boven niet verwante leveranciers.

De uitwisseling van meetgegevens blijft echter voortdurend een aandachtspunt. Ook nu loopt een onderzoek naar de tijdige uitwisseling van deze gegevens.

Onlangs is door NMa/DTe een onderzoek verricht naar verrekenprijzen tussen groepsmaatschappijen. Daarbij is geconcludeerd dat sprake is van een transparant en adequaat opgezet intern verrekenprijssysteem dat leidt, voor zover NMa/DTe heeft kunnen constateren, tot uniforme interne verrekenprijzen tussen groepsmaatschappijen. In de praktijk blijkt dat nagenoeg alle door de netbeheerder uitbesteedde werkzaamheden, aan verwante ondernemingen zijn uitbesteed. In het huidige wettelijk kader is het moeilijk vast te stellen of de interne verrekenprijzen marktconform zijn, er zijn hiervoor namelijk geen vastgestelde methoden.

Verticaal geïntegreerde energiebedrijven met een netbeheerder hebben een voordeel boven niet verticaal geïntegreerde energiebedrijven omdat de groepsmaatschappijen tegen een lagere rentevoet financiering kunnen aantrekken. Dit voordeel hebben ook in Nederland actieve buitenlandse energiebedrijven die een groepsmaatschappij hebben die netbeheerder is buiten Nederland. De zekerheid van een gereguleerde activiteit met een voorspelbare inkomstenstroom resulteert in een betere rating door zogenaamde "rating agencies". Op basis van de betere rating kunnen zowel verticaal geïntegreerde energiebedrijven als dochters van buitenlandse geïntegreerde energiebedrijven tegen lagere kapitaalslasten financiering aantrekken.

Voldoende financiële middelen

Ook de (toekomstige) beschikbaarheid van financiële middelen van de netbeheerder vormt een aandachtspunt. Uit het onlangs door NMa/DTe uitgevoerde "winstenonderzoek" blijkt dat de netbeheerders de afgelopen jaren meer rendement hebben gerealiseerd dan het door NMa/DTe wenselijk geachte "normrendement" en dat deze winst nagenoeg volledig is uitgekeerd aan de holdingmaatschappij.

Zolang het gewaarborgd is dat een netbeheerder te allen tijde kan beschikken over voldoende financiële middelen voor de uitvoering van zijn wettelijke taken (en in bijzonder het doen van noodzakelijke investeringen in het net) en de netbeheerder zelfstandig hierover kan beslissen, is het niet in strijd met de wet om de winsten voor de gereguleerde activiteiten aan de holding van het energiebedrijf uit te keren en de overtollige financiële middelen op holdingniveau te beheren. Dat neemt echter niet weg dat binnen deze opzet het risico bestaat dat, wanneer de netbeheerder in de toekomst investeringen wil verrichten, de holding niet (meer) de mogelijkheid heeft om aan haar financiële verplichtingen te voldoen.

Op dit moment beschikt NMa/DTe niet over aanwijzingen dat de solvabiliteit en liquiditeit van de holdingmaatschappijen onvoldoende zouden zijn om dergelijke toekomstige investeringen te kunnen financieren. Het is voor NMa/DTe een aandachtspunt dat ook in de toekomst, indien er mogelijk additionele (buitenlandse) commerciële activiteiten door de holding worden ondernomen,

de mogelijkheid voor de netbeheerder tot het doen van de noodzakelijke investeringen volledig gewaarborgd is.

Voldoende kwaliteit

Ten aanzien van dit laatste criterium heeft NMa/DTe vooralsnog geen specifieke aandachtspunten geconstateerd. Wel kunnen en moeten de kwaliteitsbeheersingssystemen van netbeheerders vóór 1 december 2007 op een aantal punten (verder) worden verbeterd, om te voldoen aan de wettelijke eisen van de ministeriële regeling kwaliteit.

6 Maatregelen ter versterking van publiek en onafhankelijk netbeheer

De uitdrukkelijke vraag van de Minister is of door het huidige wettelijke kader en eventuele aanvullende maatregelen het publiek en onafhankelijk netbeheer voldoende is geborgd. In het vorige hoofdstuk heeft NMa/DTe een aantal aandachtspunten geformuleerd. De geïntegreerde energiebedrijven hebben diverse maatregelen voorgesteld die de geconstateerde aandachtspunten adresseren. In dit hoofdstuk wordt eerst geïnventariseerd in hoeverre deze voorstellen het publiek en onafhankelijk netbeheer verder versterken. Die voorstellen worden vervolgens aangevuld met maatregelen die volgens NMa/DTe het publiek en onafhankelijk netbeheer verder versterken. Tot slot zal NMa/DTe de vraag beantwoorden of in de komende jaren de risico's voor het publiek en onafhankelijk netbeheer uitgesloten kunnen worden.

6.1 Voorstellen bedrijven naar aanleiding van de Won

De verticaal geïntegreerde energiebedrijven hebben in recente brieven aan zowel de Minister als NMa/DTe, reeds zelf voorstellen gedaan over hoe het publiek en onafhankelijk netbeheer (in aanvulling op de huidige wettelijke eisen en de nog in werking te treden eisen van de Won) verder kan worden versterkt. Tijdens gesprekken die NMa/DTe in dat kader onlangs met Eneco, Essent, Delta en Nuon heeft gevoerd, zijn voorstellen gedaan op drie onderwerpen in relatie tot het publiek en onafhankelijke netbeheer. Het betreffen achtereenvolgens: 1) de zeggenschap over een netbeheerder, 2) de financiële relatie tussen netbeheerder en groepsmaatschappijen en 3) het onderscheidend vermogen van de naam, beeldmerk en huisstijl.

6.1.1 De zeggenschap over een netbeheerder

Om het onafhankelijke karakter van het netbeheer verder te versterken hebben vier verticaal geïntegreerde energiebedrijven aangegeven bereid te zijn hun statuten te wijzigen zodat maximaal één lid van de raad van commissarissen binding heeft met verwante bedrijven. Drie verticaal geïntegreerde energiebedrijven hebben voorts aangegeven bereid te zijn hun statuten te wijzigen zodat voor benoeming van de bestuurder voortaan voorafgaande instemming van de Minister vereist is. Eén verticaal geïntegreerd energiebedrijf heeft aangegeven nog verder te willen gaan doordat de bestuurder door de Minister wordt benoemd op voordracht van de raad van commissarissen en dus niet op voordracht van de aandeelhouder. De voorzitter van de raad van commissarissen zou ongebonden zijn en de raad van commissarissen zou het recht krijgen de directeur te ontslaan en zijn bezoldiging vast te stellen.

Wel hebben de energiebedrijven aangegeven deze voorstellen alleen te willen doorvoeren indien consolidatie mogelijk blijft. Daarbij rijst evenwel de vraag of de voorstellen niet conflicteren met de voor de aandeelhouder benodigde zeggenschap over de netbeheerder om de jaarrekeningen te kunnen consolideren.

6.1.2 De financiële relatie tussen netbeheerder en groepsmaatschappijen

Om de financiële onafhankelijkheid van het netbeheer te versterken zijn door de energiebedrijven diverse voorstellen gedaan. Niet alle energiebedrijven hebben dezelfde voorstellen gedaan.

Hieronder wordt het totaal van voorstellen weergegeven:

- De netbeheerder zal zelfstandig het dividend bepalen
- De raad van commissarissen zal in de statuten het recht worden toegekend om in samenspraak met het bestuur te beslissen welk deel van de winst zal worden gereserveerd
- In het dividendbeleid van de netbeheerder worden de financiële criteria waarin de netbeheerder dient te voldoen verankerd
- In een "Treasury Statuut" zal bepaald worden dat eventuele overtollige kasmiddelen bij de netbeheerder in eerste instantie worden aangewend voor de aflossing van schulden van de netbeheerder of door de netbeheerder worden uitgeleend aan de holding zolang deze een rating van minimaal "investment grade" heeft
- De holding zal blijven voldoen aan het ratingvereiste "investment grade"
- Er zal geen verpanding van bankrekeningen van de netbeheerder plaatsvinden en de interne organisatie van financiering en cash management wordt herzien
- De netbeheerder zal geen fiscale eenheid meer vormen met verwante ondernemingen (mits een dergelijke stap fiscaal geruisloos kan worden gerealiseerd)

6.1.3 Maatregelen ter verbetering van operationele onafhankelijkheid

Vier verticaal geïntegreerde energiebedrijven hebben aangegeven de naam van hun netbeheerder te willen veranderen in een naam die op geen enkele manier te herleiden is tot de naam van de holding. Eén energiebedrijf heeft aangegeven te overwegen auto's die gebruikt worden om door de netbeheerder uitbestede taken uit te voeren niet langer het beeldmerk van de holding te laten voeren. Tot slot heeft één energiebedrijf aangegeven de door de netbeheerder uitbestede taken ook aan niet verwante partijen te willen uitbesteden.

6.2 Mogelijke aanvullende maatregelen

In hoofdstuk vijf is een aantal aandachtspunten benoemd. Zolang gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten binnen één energiebedrijf voorkomen (waarmee commerciële en publieke belangen binnen één en dezelfde holding naast elkaar bestaan), zijn aanvullende maatregelen denkbaar die het publiek en onafhankelijk netbeheer verder versterken. De voorstellen die in dat kader door de energiebedrijven zijn gedaan, vormen een goed uitgangspunt. Mede gelet op de toekomstige ontwikkelingen, waarbij de bedrijven meer commerciële (buitenlandse) activiteiten zullen ontplooiën, gaan deze voorstellen naar het oordeel van NMa/DTe nog niet op alle punten ver genoeg. NMa/DTe noemt hieronder tien mogelijkheden (gegroepeerd naar aandachtsgebied en genummerd) die in overweging genomen kunnen worden om het publiek en onafhankelijk netbeheer verder te versterken. Daarbij moet worden vermeld dat deze voorstellen nog getoetst dienen te worden op effectiviteit en proportionaliteit, juridische haalbaarheid, onderlinge consistentie en de (maatschappelijke) kosten en baten van de maatregelen. Het betreft hier mogelijkheden die overwogen kunnen worden voor de periode dat netbedrijven onderdeel uitmaken van geïntegreerde energiebedrijven. Ook als de Minister besluit over te gaan tot splitsing

zullen deze aandachtspunten namelijk geadresseerd moeten worden. Immers de netbeheerders zullen dan voor een periode van mogelijk twee jaar nog onderdeel blijven uitmaken van een geïntegreerd energiebedrijf. In alle situaties zal adressering van deze aandachtspunten het publiek en onafhankelijk netbeheer in materieel opzicht verder versterken. Indien de Minister de mogelijkheden interessant acht dan kan NMa/DTe deze nader onderzoeken.

Bestuurlijke onafhankelijkheid

Om de onafhankelijkheid van het bestuur van een netbeheerder in zowel formele als informele zin verder te versterken, ziet NMa/DTe als mogelijke maatregel (1) dat de huidige bevoegdheid van de aandeelhouder, om de bestuurder van de netbeheerder aan te stellen, te schorsen, te ontslaan en zijn bezoldiging en secundaire arbeidsvoorwaarden vast te stellen, wordt overgedragen aan de raad van commissarissen. Deze maatregel heeft waarschijnlijk wel als consequentie dat de jaarrekening van de netbeheerder niet meer geconsolideerd kan worden in die van de holding.

Financiële onafhankelijkheid

Om de financiële onafhankelijkheid te versterken, ziet NMa/DTe als mogelijke maatregel (2) dat het netbeheerders niet langer wordt toegestaan deel te nemen aan saldo- en rentecompensatieregelingen met bankrekeningen van verwante ondernemingen en (3) dat de mogelijkheid van verrekeningsbevoegdheden ten aanzien van inkomsten van de netbeheerder wordt uitgesloten. Dit kan wel leiden tot een verlies aan synergie. Voorts zou het netbeheerders (4) niet moeten zijn toegestaan in een fiscale eenheid met andere groepsmaatschappijen te treden. Wanneer bovendien (5) het dividendbeleid expliciet de normen van financiële criteria uit het Handhavingsplan opneemt en tevens (6) de holding te allen tijde voldoet aan ten minste een rating die de financiële zekerheid op lange termijn waarborgt, wordt de borging van het publieke netbeheer sterk verbeterd.

Operationele onafhankelijkheid

(7) Door voor duidelijk onderscheidende handelsnamen, beeldmerken en huisstijlen te kiezen, waarbij geen associatie meer kan worden gemaakt tussen een netbeheerder en verwante commerciële bedrijfsonderdelen, kunnen misverstanden ten aanzien van identiteit in de toekomst worden voorkomen. Door de keuze voor duidelijk onderscheidende handelsnamen, beeldmerken en huisstijlen zal er minder aanleiding zijn tot verwarring bij het publiek.

Alhoewel NMa/DTe niet beschikt over feitelijke aanwijzingen dat er misbruik wordt gemaakt van oneigenlijke toegang tot vertrouwelijke gegevens binnen de IT systemen en "shared service centers", kan overwogen worden om (8) de IT systemen van de verticaal geïntegreerde energiebedrijven fysiek te scheiden. Hiermee wordt de vertrouwelijkheid van gegevens beter gegarandeerd en wordt alle schijn van oneigenlijk gebruik door de gelieerde commerciële bedrijfsonderdelen weggenomen. Gescheiden IT systemen gaan wel ten koste van de huidige synergieën.

Om de marktconformiteit van interne verrekenprijzen te borgen kan worden overwogen (9) om netbeheerders te verplichten die werkzaamheden die worden uitbesteed door middel van een openbare tenderprocedure aan te besteden. Dit dient op een dusdanige wijze te gebeuren dat er sprake is van een kostenefficiënte uitvoering van de werkzaamheden, waarbij het niet vanzelfsprekend is dat het werk aan een verwante onderneming wordt gegund. Om de last voor de toezichthouder te minimaliseren, zou door middel van een periodieke accountantsverklaring moeten worden aangetoond dat de aanbestedingsprocedures effectief zijn ontworpen en geïmplementeerd en dat deze ook correct zijn uitgevoerd. Een alternatieve methode is dat door middel van internationale benchmarks bepaald wordt of interne verrekenprijzen markt conform zijn.

Voldoende financiële middelen

Om het risico op onvoldoende financiële middelen weg te nemen, is NMa/DTe er voorstander van om (10) van alle netbeheerders te eisen dat zij, op basis van de investeringsplannen in de kwaliteit en capaciteitsdocumenten, de nodige reserveringen maken alvorens de aandeelhouder over de winstbestemming beslist. Alleen een dergelijke maatregel in combinatie met een goede "ring-fence" kan op de lange termijn de zekerheid bieden dat netbeheerders over voldoende financiële middelen beschikken om de benodigde investeringen te doen.

6.3 Volledig uitsluiten risico's

De Minister heeft in haar opdrachtformulering gevraagd of, door het huidige wettelijke kader en eventuele aanvullende maatregelen, uit te sluiten is dat er zich nu en in de komende jaren (waarin de Noordwest Europese energiemarkt zich verder ontwikkelt tot een steeds competitievere markt) risico's voor het netbeheer voordoen.

Zoals eerder aangegeven is NMa/DTe van mening dat het met het publiek en onafhankelijk netbeheer in Nederland, in vergelijking tot omliggende landen, goed is gesteld. Het antwoord op de vraag van de Minister is dat risico's echter nooit volledig kunnen worden uitgesloten. Dit geldt zowel voor het scenario waarbij het netbeheer onderdeel uitmaakt van verticaal geïntegreerde energiebedrijven, als voor het scenario waarbij het netbeheer wordt afgesplitst. Wel is het zo dat in beide scenario's sprake is van een ander risicoprofiel, dat ook consequenties heeft voor het toezicht.

In een gesplitste situatie is de operationele onafhankelijkheid van het netbeheer op de sterkst mogelijke manier geborgd. De noodzaak van toezicht op mogelijke bevoordeling vanuit de netbeheerder naar andere onderdelen van de holding vervalt dan ook. Wel blijft het risico op kruissubsidiëring bestaan zolang de netbeheerder onderdeel blijft uitmaken van een groep die wordt toegestaan commerciële, niet gereguleerde (neven-) activiteiten te ontplooiën. Al met al zullen de toezichtstaken van NMa/DTe in het splitsingsscenario verminderen.

Dat neemt echter niet weg dat ook in het scenario van splitsing risico's bestaan, waardoor adequaat toezicht van NMa/DTe op het netbeheer noodzakelijk zal blijven. Het reeds bestaande toezicht op de bedrijfsmatige efficiëntie, de financiële soliditeit, kwaliteit en continuïteit en de markt faciliterende taken van het netbeheer, dient met dezelfde intensiteit te worden gecontinueerd.

De risico's van beide scenario's verschillen vooral van aard. Gezien de toenemende maatschappelijke en politieke behoefte aan garanties vergt de waardering van deze verschillen een politieke beoordeling. Hierbij zullen ook andere belangen, die zich veelal in een Europese context afspelen, meegenomen moeten worden.

Gelet op het uitgangspunt van de scheiding tussen beleid en toezicht kan NMa/DTe als onafhankelijk toezichthouder dan ook geen uitspraak doen over hoe deze waardering dient plaats te vinden.

Bijlage 1: Bronnen overzicht

Bron	Bestuurlijke onafhankelijkheid onafhankelijkheidskwaliteit	Financiële onafhankelijkheid	Operationele onafhankelijkheid	Voldoende financiën	Voldoende kwaliteit en capaciteit
Onderzoek overname Indaver: onderzoek naar de gevolgen voor het publiek en onafhankelijk netbeheer als gevolg van de overname van Indaver door Delta	*	*		*	
Winstenonderzoek: onderzoek naar de herkomst en besteding van winsten van netbeheerders		*		*	
Interne verrekenprijzenonderzoek: onderzoek naar kruissubsidiëring binnen verticaal geïntegreerde energiebedrijven door middel van interne verrekenprijzen			*		
Concept groepsfinancieringsonderzoek en Beleningsonderzoek: onderzoek naar de naleving van energiebedrijven inzake het beleningsverbod en de mate waarin zij voldoen aan de financiële normen ingevolge het Handhavingplan	*	*		*	
Concept audit Kwaliteit en Capaciteit Documenten: audits uitgevoerd naar de implementatie van de door netbeheerders geïmplementeerde kwaliteitsbeheersingssystemen					*
Onderzoek tijdigheid opleveren meterstanden: onderzoek uitgevoerd naar de tijdigheid van opleveren meterstanden door een netbeheerder aan gelieerde en niet-gelieerde leveranciers			*		
AIDA rapportage: jaarlijks terugkerende inventarisatie naar de compliance van netbeheerders inzake wettelijke eisen	*	*	*	*	*
Signalen database: interne database waarin NMa/DTe alle 'signalen' vanuit de markt registreert ten aanzien van 'niet-marktconform gedrag'			*		
Monitoring gedragsreglement: jaarlijkse monitoring van de door energiebedrijven gepubliceerde rapportages inzake compliance met verplichtingen gedragsreglement			*		
Retailmonitor: jaarlijkse monitor naar de ontwikkeling van de leveringsmarkt voor kleinverbruikers	*				
Evaluatie E en G-wet: in 2006 uitgevoerd onderzoek naar de effectiviteit van de Elektriciteitswet en Gaswet inzake de doelstelling van een effectief geliberaliseerde energiemarkt.	*				*
DVO database: verzameling van dienstverleningsovereenkomsten die de netbeheerders wettelijk verplicht zijn aan NMa te sturen			*		
Jaarverslagen database: collectie van jaarverslagen van netbeheerders die ze wettelijk verplicht zijn aan NMa te sturen			*		

Bijlage 2: Brieven voorstellen verticaal geïntegreerde energiebedrijven