

**ADVIES** aan Gedeputeerde Staten van de Provincie Zeeland

**Van:**

1. Stichting voor Economisch Onderzoek (SEO) der Universiteit van Amsterdam, B.E. Baarsma en M. de Nooij
2. Norton Rose Advocaten, W. Koster en C.H.A. van der Weijden

**Betreffende:** aangekondigde wetgeving splitsing energiebedrijven

**Gedateerd:** 1 December 2004

Stichting voor Economisch Onderzoek en Norton Rose Advocaten zijn door Gedeputeerde Staten van de Provincie Zeeland verzocht een advies uit te brengen ten aanzien van de wenselijkheid van de door minister Brinkhorst aangekondigde wetgeving ‘splitsing energiebedrijven’. Het advies draagt een algemeen karakter en is op verzoek van Gedeputeerde Staten niet gebaseerd op onderzoek naar de specifieke omstandigheden van Delta N.V. In dit advies komen tal van aspecten aan de orde die verband houden met een complex onderwerp zoals de splitsing van de energiebedrijven. Sommige daarvan zijn op zichzelf al een studie waardig.

Dit advies bestaat uit de volgende onderdelen:

1. Inleiding en korte conclusie
2. De economie van splitsen: voordelen en nadelen
3. De (afwezigheid van) juridische noodzaak tot splitsen
4. De juridische controverse
5. Afweging en slotconclusies

Dit advies bevat de volgende bijlagen:

- |            |   |
|------------|---|
| Bijlage 1. | De ontwikkelingen op de elektriciteitsmarkt   |
| Bijlage 2. | De voor- en tegenstanders aan het woord   |
| Bijlage 3. | De belangrijkste reeds aanwezige voorzieningen terzake van borging van het publiek belang in de Elektriciteitswet na de I&I wet |
| Bijlage 4. | Overwegingen Europees Hof van Justitie in zaak C-503/99   |

## 1. Inleiding en korte conclusie

In maart 2004 van dit jaar schreef minister Brinkhorst van Economische Zaken (EZ) een brief aan de Tweede Kamer met daarin onder andere een voorstel om de Nederlandse energiebedrijven in een netwerkbedrijf en een bedrijf, waarin de overige activiteiten van de energiebedrijven zijn ondergebracht, te splitsen.<sup>1</sup> Op 11 oktober 2004 heeft de minister in een brief aan de Tweede Kamer zijn plan van aanpak van de splitsing van de energiebedrijven uiteengezet. Het Kabinet werkt dit voorstel van de minister van EZ thans uit. De behandeling in de Tweede Kamer staat gepland voor begin 2005. Het voorstel betreft zowel de gas- als elektriciteitsnetten; in dit advies gaan we alleen in op het elektriciteitsnet. Een belangrijk deel van de analyse geldt echter ook voor het gasnet.

In dit advies bespreken wij een aantal algemene voordelen en een aantal algemene nadelen van de door de minister aangekondigde splitsing. Op respectievelijk pagina's 5 en 9 zijn tabellen opgenomen die onze opmerkingen bij deze voordelen en nadelen kort weergeven. Na bespreking van de afwezigheid van een juridische noodzaak tot splitsing en het controversiële karakter van de voorstellen, komen wij tot de conclusie dat de huidige splitsingsvoorstellen van minister Brinkhorst vanuit diverse gezichtspunten op dit moment en op basis van de thans voorhanden zijnde gegevens als onwenselijk zijn aan te merken.

Onze voornaamste overwegingen zijn dat:

- de door de minister genoemde voordelen voor een belangrijk deel onbewezen zijn;
- deze (beweerde) voordelen door toegangs- of prijsregulering en toezicht zouden kunnen worden bereikt en die regulering zeer recent ingrijpend is uitgebreid (en splitsing dus niet nodig is);
- er reële risico's zijn dat zich een aantal belangrijke economische nadelen zal voordoen, te weten dubbele marginalisatie, vermindering van economies of scope, hogere transactiekosten en vermindering van de internationale concurrentiepositie;
- Splitsing Europeesrechtelijk niet vereist, maar juist controversieel is;
- Splitsing tot tal van belangrijke juridische en fiscale bezwaren leidt waarvoor op dit moment geen concrete oplossing wordt geboden.

Het zou ons inziens derhalve meer voor de hand zou liggen om eerst te komen tot een heldere afbakening van de te bereiken economische doelen en ervaring op te doen met het in de I&I wet sterk uitgebreide bevoegdhedenpakket, alvorens een zovergaande maatregel als splitsing aan de energiebedrijven voor te schrijven. Indien men vervolgens tot de conclusie mocht komen dat nadere regelgeving vereist is, zou het meer voor de hand liggen om de toegangs- en/of prijsregulering en het toezicht uit te breiden, dan om splitsing te vereisen. Daarbij is het van belang te overwegen of de baten van dergelijke aanvullende regelgeving groter zijn dan de daarmee samenhangende kosten (kosten-batenanalyse).

Hoe het ook zij, het ministerie van EZ bereidt momenteel een voorstel voor om de elektriciteitsbedrijven te splitsen. Bij splitsing spelen vele verschillende aspecten een rol. Ten eerste is er een duidelijke relatie met de economie van mededinging en marktwerking. De splitsing is immers voorgesteld vanwege de verwachte mededingingsbaten. Deze aspecten komen in hoofdstuk 2.1 aan de orde.

Dan zijn er allerlei bedrijfseconomische aspecten vanwege de financierings- en kredietwaardigheidseffecten, de fiscale effecten en de cross border leases. Deze leases zijn in het

---

<sup>1</sup> Minister van Economische Zaken, brief aan de Tweede Kamer van 31 maart 2004 (kenmerk ME/ESV/4019858).

verleden door de bedrijven in de energiesector aangegaan en kunnen bij splitsing tot aanzienlijke kosten leiden. Zij verheugen zich de laatste dagen in uitvoerige publieke aandacht. Deze aspecten worden in hoofdstuk 2.2 behandeld. Dit kan slechts op hoofdlijnen, omdat de concrete invulling van de plannen van het ministerie op dit moment nog te weinig bekend is.

Daarnaast is de Europese context van belang. In Nederland is op dit moment sprake van juridische “*unbundling*” (dit als gevolg van een Europese Richtlijn die overstappen op juridische unbundling voorschrijft). Nederland wil echter veel verder gaan en overgaan tot “*eigendomsunbundling*”. De vraag is of dit verstandig is. Er wordt ingegrepen in eigendomsrechten. Juridisch gezien is dat de zwaarste vorm van ingrijpen die niet zonder slag of stoot zal plaatsvinden. Hoofdstuk 4 gaat hier op in.

## 2. De economie van splitsen

In deze paragraaf geven we de economische argumenten voor (paragraaf 2.1) en tegen (paragraaf 2.2) volledige splitsing.<sup>2</sup>

### 2.1 Voordelen

Waarom zou de overheid willen splitsen? Omdat dat bepaalde voordelen biedt. Laten we de potentiële voordelen eens langslopen. De voornaamste reden is om misbruik door een (regionaal) monopolie te voorkomen door de concurrentie en de transparantie op de markt te vergroten. Daarmee hoopt de overheid de energiebedrijven te prikkelen om een meer klantgerichte houding aan te nemen en meer te innoveren. Een tweede hieraan gelieerd voordeel is het feit dat door volledige splitsing de bedrijfs- en marktstructuren eenvoudiger worden, hetgeen betekent dat de regulering van en het toezicht op de sector kan worden verminderd, hetgeen een kostenvoordeel met zich meebrengt. Dat laatste is waarschijnlijk wel waar, maar er zijn kanttekeningen bij te plaatsen. Een eerste komt van Gómez-Ibáñez (2003, p. 249)<sup>3</sup>:

*“One paradox of vertical unbundling is that the effort to substitute competition for regulation may actually increase the complexity and importance of the regulator’s task. That task seems easier in that the regulator can focus his attention on the fraction of the industry’s activities that are monopolistic. But the regulator must now supervise complex relationships between the monopolistic and the competitive segments of the industry, and these relationships are critical to the ultimate quality and cost of service for the consumer.”*

Wij voegen de volgende kanttekening hieraan toe. Indien tot volledige splitsing zou worden overgegaan, dan dient tevens de vraag te worden gesteld of eventuele opsplitsing vergezeld gaat van waarborgen om de aldus bereikte marktstructuur (verticale scheiding) te handhaven, en zo ja, welke (bijvoorbeeld een verbod op verwerven van bezit dan wel exploitatie van netten)? Immers, een volledige verticale opsplitsing neemt de prikkels tot strategisch gedrag van eigenaar(s) van netten in de relevante markt(en) ten opzichte van leveranciers niet geheel weg op de lange termijn, zo lang dit niet tevens gepaard gaat met een verbod voor eigenaars/beheerders van netten om levering te verzorgen en *vice versa* een verbod voor leveranciers om netten te bezitten en te beheren. Niet alleen de primaire regels die de splitsing juridisch zullen moeten afdwingen, maar ook de noodzakelijke aanvullende regels die niet alleen beperkingen zullen moeten aanbrengen op de overdraagbaarheid van aandelen in netbeheerders en commerciële bedrijven maar zelfs op het toekomstig gedrag van die aandeelhouders, staan op zeer gespannen voet met Europese regels betreffende de vrijheid van kapitaal en van vestiging. In hoofdstuk 4 wordt hier nader op ingegaan.

Misbruik van marktmacht kan zich manifesteren in een weigering om toegang te verlenen tegen een redelijke toegangsprijs en in het kruissubsidiëren van een goed op de downstream markt met winsten op de upstream markt.

---

<sup>2</sup> Bij de analyse in deze paragraaf is gebruik gemaakt van een aantal economische tekstboeken en het eerder genoemde OECD rapport:  
Martin. S. (2001), *Industrial Organization – A European Perspective*, Oxford University Press.  
Perry, M.K. (1989), Vertical integration: determinants and effects, in: R. Schmalensee and R.D. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier Science Publishers B.V.. Amsterdam.  
Tirole, J. (1988), *The theory of industrial organization*, MIT Press, Cambridge Massachusetts.  
OECD (2003), *OECD Working party No. 2 on Competition and Regulation: “The benefits and costs of structural separation”*, DAF/COMP/WP2(2003)2, 10 januari.

<sup>3</sup> Gómez-Ibáñez, José A. (2003), *Regulating infrastructure – Monopoly, contracts and discretion*, Harvard University Press, Cambridge.

Misbruik bij een toegangsprobleem kan optreden doordat het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf marktmacht heeft vanwege de “*essential facility*” (het net) die het bezit (zie box 2 in bijlage 1). Een toetredende leverancier kan niet anders dan dit net gebruiken om economische activiteiten te kunnen ontplooiën. Een geïntegreerd bedrijf, waar ook een leveringsonderdeel in zit, kan dan een motief hebben (of lijken te hebben) om toetreding van een leverancier te bemoeilijken. Dit bemoeilijken kan door te hoge tarieven te hanteren voor toegang (‘*raising rivals’ costs*’) en door informatie over de commerciële activiteiten van de concurrent die ze door het netbeheer krijgt te gebruiken in het leveringsbedrijf. Het toetredende leveringsbedrijf heeft dan altijd slechtere commerciële informatie dan het leveringsbedrijf dat geïntegreerd is met de monopolistische distributeur. Dergelijke toegangsproblemen zijn op te lossen door effectieve toegangsregulering in te voeren en de naleving ervan strikt te controleren. Juridische splitsing is in principe ook afdoende om het lekken van informatie te voorkomen. Eigendomssplitsing is dan niet noodzakelijk om toegangsproblemen op te lossen.

Een tweede voordeel van het aanpakken van marktmacht is het feit dat de mogelijkheden voor kruissubsidiëring door het geïntegreerde bedrijf afnemen, waardoor de markt transparanter wordt en een level playing field tussen bedrijven die deze kruissubsidiëring wel en bedrijven die dat niet kunnen toepassen, ontstaat. Een voorbeeld van dergelijke kruissubsidiëring is het door een leverancier (binnen het geïntegreerde bedrijf) verkrijgen van goedkope leningen met het net als garantie. Leveranciers die geen onderdeel uitmaken van een geïntegreerd bedrijf hebben geen mogelijkheid om op zo’n wijze goedkope leningen te regelen. Gesplitste netbedrijven hebben geen reden meer om een specifieke leverancier te bevoordelen. Hierdoor is minder toezicht nodig en zijn de kosten voor de overheid lager. Overigens wordt de kruissubsidiëring, waarbij winsten op het netdeel worden ingezet om de leveringsprijzen te drukken ook al door juridische splitsing voorkomen. Daarnaast verkleint de prijsregulering van de nettarieven door DTe de mogelijkheden voor kruissubsidiëring, waarbij commerciële diensten te laag en transport-diensten te hoog worden geprijsd, drastisch. Zo is er de afgelopen jaren door prijsregulering al bijna anderhalf miljard euro bespaard op de nettarieven.

Bovendien, zo stelt Brinkhorst in zijn brief, kunnen lagere overheden zich na de splitsing terugtrekken uit de commerciële leveringsactiviteiten en kunnen ze beschikken over een deel van hun financiële middelen die nu vast zitten in de energiebedrijven. Terugtrekken uit de commerciële activiteiten is verstandig voor de lagere overheden, omdat ze daar immers marktrisico’s lopen die ze volgens de Wet Financiering lagere overheden (Fido) niet meer mogen aangaan. Met het benadrukken van dit voordeel van het vrijkomen de financiële middelen loopt de minister echter vooruit op een eventuele privatisering. Het leveringsbedrijf mogen provincies en gemeenten (vermoedelijk) verkopen, terwijl ze een deel van het eigen vermogen in de netbedrijven mogen vervangen door vreemd vermogen (herkapitalisatie). Impliciet wordt daarmee dus gezegd dat lagere overheden een deel van hun vermogen niet mogen verkopen.

Ten slotte schrijft Brinkhorst in bijlage 2 van de splitsingsbrief:

*“De huidige positionering van het netbeheer binnen de energiebedrijven draagt het risico van onderinvesteringen in de netten in zich. Dit omdat de stabiele kasstroom uit de netwerkbedrijven kan worden aangewend voor commerciële investeringen met een relatief hoog investeringsrisico. In het geval een investering mislukt, kan er onvoldoende geld in de netten worden geïnvesteerd. Voor de toezichthouder is het moeilijk om zicht te krijgen op de geldstromen tussen de verschillende onderdelen van de energiebedrijven.”*

Hierbij maken wij drie kritische kanttekeningen.

Ten eerste: hoe weet de minister of er daadwerkelijk sprake is van onderinvesteringen of een te lage leveringskwaliteit. Uit onderzoeken<sup>4</sup> blijkt dat de waarde van het huidige kwaliteitsniveau (eens in de 4 jaar 1 onderbreking van 2 uur) een maatschappelijke kosten met zich mee brengen in de orde van grootte van 50 tot 100 miljoen euro, hetgeen in vergelijking met de totale jaarlijkse kosten van het elektriciteitsnetwerk van ongeveer twee miljard euro, niet al te veel lijkt. Met andere woorden, het optimale investeringsniveau is (nog) niet bekend, maar er zijn signalen dat we met z'n allen gelukkiger worden met een wat lager kwaliteitsniveau en een lagere elektriciteitsrekening.

Ten tweede zal DTe op 1 januari 2005 (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2004) een kwaliteitreguleringsysteem invoeren, waarmee via gedragsprikkel een optimaal investeringsniveau wordt nagestreefd. Netbeheerders die vanaf deze datum meer onderbrekingen hebben dan de door DTe vastgestelde norm moeten lagere tarieven aan hun afnemers berekenen. Scoort een netbeheerder beter dan de norm, dan mag hij zijn tarieven verhogen. De mate van tariefaanpassing is gebaseerd op de schade die consumenten bij een onderbreking ondervinden. Op deze manier kunnen netbeheerders extra investeringen financieren, mits deze een betere kwaliteit opleveren. Splitsing is hier voornamelijk niet nodig; indien de kwaliteitsregulering niet afdoende effect heeft, kan (juridische) splitsing in dit verband eventueel een optie worden.

Ten derde is er geen enkele reden om te veronderstellen dat een volledige splitsing de kwaliteit van de levering via het distributienet verbetert of garandeert. Zo stelt Pollit in zijn ESB artikel

*“...nieuwkomers op de markt wordt juist verweten dat zij zich niet richten op kwaliteit, maar uitsluitend richten op marketing en groei van het klantenbestand en geen oog hebben voor de levering van het eigenlijke product of een adequate dienstverlening aan hun klanten.”*

In tabel 1 staan de door de minister en de in de economische literatuur terugkomende voordelen van volledige splitsing en onze reactie daarop op een rijtje.

Tabel 1: De door de minister genoemde voordelen in het kort

<b>Voordelen van Eigendomsunbundling</b>	<b>Opmerkingen</b>
Een geïntegreerd bedrijf heeft een prikkel om op het eigen netwerk het eigen leveranciersbedrijf te bevoordelen boven concurrerende leveranciers.	Kan met effectieve toegangsregulering en juridische splitsing worden opgelost; eigendomsunbundling is niet noodzakelijk
Een geïntegreerd bedrijf kan inkomsten uit het netwerkbedrijf gebruiken om de eigen leveranciersactiviteiten te bevoordelen (kruissubsidiëring).	Kan met effectieve prijsregulering worden opgelost; Eigendomsunbundling is niet noodzakelijk.
Uit het bezit van het netwerk vloeien financieringsvoordelen voort, waardoor een leveringsbedrijf dat deel uitmaakt van een geïntegreerd energieconcern een concurrentievoordeel heeft ten opzichte van energiebedrijven zonder netwerken.	Kan met effectieve (prijs)regulering worden opgelost; Eigendomsunbundling is niet noodzakelijk.
De (stabiele) inkomstenstroom uit het netwerk kan gebruikt worden voor risicovolle marktactiviteiten, waardoor minder geld beschikbaar is voor investeringen in de capaciteit en de kwaliteit van het netwerk, waardoor de leveringszekerheid kan afnemen.	Optimale kwaliteitsniveau is (nog) niet bekend, onduidelijk is dus of splitsing hier gewenst is. Leveringszekerheid kan met kwaliteitsregulering worden geborgd; Eigendomsunbundling is niet noodzakelijk.

<sup>4</sup> Barbara Baarsma, Peter Berkhout en Peter Hop, *Op prijs gesteld, maar ook op kwaliteit, De prijs van stroomonderbrekingen – op zoek naar phi*, SEO-rapport nr. 726, Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, (2004), Onderzoek in opdracht van Kema / DTE. Carlijn Bijvoet, Michiel de Nooij, Carl Koopmans, *Gansch het raderwerk staat stil: de kosten van stroomstoringen*, SEO-rapport 685, (2003), Onderzoek in opdracht van Tennet. Een vervolg hierop wordt eind dit jaar afgerond



## 2.2 Nadelen

Splitsen dan maar? Nou nee, want er zijn ook economische nadelen aan splitsen verbonden. Ook die lopen we hier langs. Achtereenvolgens zijn dat:

- (1) Double marginalisation;
- (2) Beperkte toepassing van economies of scope;
- (3) Hogere transactiekosten;
- (4) Eénmalige kosten van splitsing;
- (5) Oneerlijke internationale concurrentie.

Ten eerste dreigt bij opsplitsing het gevaar dat beide bedrijven een marge (winstopslag) in rekening zullen brengen. Het standaard argument uit de economische theorie is dat gebrek aan concurrentie in alle fasen van de productieketen tot gevolg heeft dat in elke fase de prijs van het product te hoog wordt gezet. Elke producent in de keten produceert dus minder dan maatschappelijk wenselijk is. Door verticaal te integreren kan de producent meer afzetten en kan de marge voor de producent omhoog, terwijl de prijs voor de consument omlaag kan.

Zeker in het geval van een machtspositie – zoals de drie grote spelers Nuon, Essent en Eneco volgens velen ook hebben – is dit gevaar zeer groot.<sup>5</sup> Men noemt dit wel ‘double marginalisation’ (dubbele marginalisering). Het gevolg is dat de prijzen (onnodig) stijgen en er maatschappelijk gezien te weinig wordt geproduceerd.

Een tweede nadeel van opsplitsen is het verminderen van de mogelijkheden om ‘economies of scope’ te benutten (‘efficiency losses as a result of separating the vertically integrated operator’). Ook dit is een standaard argument uit de economische theorie: verticale integratie van verschillende onderdelen van de productieketen kan kostenbesparend zijn wanneer er sprake is van synergie (economies of scope). Deze breedte- of assortimentsvoordelen treden op indien de ‘incrementele’ kosten voor een tweede dienst via hetzelfde netwerk kleiner zijn indien de eerste dienst al wordt aangeboden of als er synergie effecten zijn tussen net-, leverings- en productiegerelateerde activiteiten. Als de netten er al zijn om een bepaalde dienst te verlenen, kunnen deze netten door het elektriciteitsbedrijf tegelijkertijd ook gebruikt worden voor andere diensten. De kosten die met deze andere diensten gepaard gaan, zullen veel lager liggen omdat het net er al ligt. In het geval van de elektriciteitsmarkt lijkt het eerste synergievoordeel (een alternatieve aanwending van de netten) geen rol van betekenis te spelen. Mogelijk zijn er wel synergievoordelen te behalen door de drie onderdelen – productie, distributie en levering – in een bedrijf te houden. Door het splitsen van het elektriciteitsbedrijf zal bij het netbedrijf bij zijn investeringsbeslissingen geen of te weinig rekening worden gehouden met het feit dat één investering meerdere winstgevendende activiteiten kan ondersteunen. Deze problematiek zou zich in versterkte mate kunnen voordoen bij een energiebedrijf als Delta N.V. dat immers in verhouding tot de andere grote Nederlandse energiebedrijven een gematigd, maar sterk gespreid afnemersbestand kent.

De meningen over de mate waarin economies of scope kunnen worden behaald en dus door splitsing kunnen worden aangetast, verschilt nogal van auteur tot auteur. Zo stellen Essent en Nuon dat splitsing hoge structurele kosten met zich meebrengt (zie bijlage 2), waarmee zij voor een deel op het verlies aan synergievoordelen doelen. Van Damme en Kanning geven aan dat ze het eens zijn met dit argument van het verlies aan synergievoordelen als gevolg van splitsing (p. 29).<sup>6</sup> De minister stelt dat

<sup>5</sup> Dubbele marginalisatie kan ook buiten de context van een monopolie plaatsvinden, bijv. in de context van een duopolie van verticaal geïntegreerde ondernemingen. Zie Nicholas Economides & Steven C. Salop, ‘Competition and Integration among Complements, and Network Market Structure’, *Journal of Industrial Economics*, vol. 40, no. 1 (1992), p. 105-123, <http://www.stern.nyu.edu/networks/jie92.pdf>.

<sup>6</sup> Eric van Damme en Arnald Kanning (2004), *Opsplitsing van regionale energiebedrijven: Onderzoek voor de Provincie Noord Brabant*, Tilec/Universiteit van Tilburg, Voorlopige versie. <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/opsplitsing.pdf>

synergievoordelen met de huidige regelgeving ten aanzien van de onafhankelijke positionering van de netbedrijven al beperkt zijn, waardoor ook het verlies aan synergievoordelen niet heel groot kan zijn. AEF steunt de minister en stelt dat synergievoordelen in de operationele bedrijfsvoering dan wel een klassiek argument zijn voor verticale integratie, maar dat de synergievoordelen bij de combinatie van leveringsbedrijf en netbedrijf echter beperkt zijn omdat het bij de verkoop van stroom om geheel andere bedrijfsprocessen gaat dan het technisch georiënteerde beheer en onderhoud van de netten. Ook Dijkgraaf (2004, pp. 7-8) vindt dat uit studies die de kosten van splitsing inschatten blijkt dat splitsing per saldo niet leidt tot een structurele stijging van de totale kosten.

Een derde voordeel van verticale integratie (en dus een nadeel van splitsing) is een vermindering van de transactiekosten (Perry, 1989: ‘co-ordination problems between investments of wholesale and retail firms’). Transactiekosten hebben bijvoorbeeld betrekking op het zoeken naar een geschikte verkoper, het uitvoeren van marktonderzoek om de kopers in beeld te krijgen, acquisitiekosten en kosten van het opstellen van het contract. Bij verticale integratie worden deze transactiekosten op de markt vervangen door interne transactiekosten binnen het bedrijf. Het is aannemelijk dat de interne transactiekosten binnen een elektriciteitsbedrijf als Nuon lager zijn, omdat men al zo vele jaren gewend is om in een bedrijf samen te werken. Splitsen zou dan leiden tot een toename van de transactiekosten (op de markt). Gómez-Ibáñez (p. 248)<sup>7</sup> verwoordt dit als volgt:

*“After separation, the co-ordination must be arranged largely through contractual arrangements between separate firms. The firms may have common interests [...], but they also have conflicting interests regarding who should bear what costs and risks. [...] And the failure to carefully co-ordinate the different levels may well reduce the quality of services and raise prices, thereby offsetting some of the benefits of introducing more competition.”*

Ten vierde kost volledige splitsing geld (eenmalige kosten voor juridische, notariële en accountants diensten enzovoorts). In bijlage 2 citeren we Essent dat de kosten van splitsing schat op 100 miljoen euro in het eerste jaar en 75 miljoen euro in de jaren daarna. De eenmalige kosten zouden dan zo’n 25 miljoen euro bedragen voor dit bedrijf.

Een vijfde voordeel van verticale integratie is dat de bestaande bedrijven hierdoor groter en financieel gezonder zijn (het net als stabiele inkomstenbron). Voor de geïntegreerde bedrijven vormt het net een interessante bescherming tegen buitenlandse overnames. Stel dat er inderdaad voor eigendomsunbundling wordt gekozen. Is er dan inderdaad sprake van hapklare brokjes? De vraag is: is het erg dat de distributiebedrijven en productiebedrijven in buitenlandse handen vallen? Willen we onze leveringszekerheid in de handen van buitenlandse investeerders leggen?

Er zijn twee nadelen verbonden van buitenlandse overnames van Nederlandse stroombedrijven. Ten eerste zou dit de leveringszekerheid in Nederland niet noodzakelijkerwijze ten goede komen. Buitenlandse bedrijven zien het Nederlandse belang door de bril van hun verlies- en winstrekening en richten zich vanwege hun buitenlandse wortels niet zo zeer op de Nederlandse leveringszekerheid. Het net in buitenlandse handen brengt dus risico’s met zich mee. Ten tweede gaat het (nu nog) om Nederlandse bedrijven, en door te zorgen dat het goed met deze bedrijven gaat zal ook de Nederlandse economie positief beïnvloed worden. Dit laatste argument is verbonden met de gedachten waarop ook de Nederlandse industriepolitiek is gebaseerd. Zoals bekend heeft een energiebedrijf als Delta N.V. met een portfolio aan activiteiten een belangrijke functie in de Zeeuwse economie.

We gaan iets verder door op de eerste reden – eigendomssplitsing leidt tot oneerlijke internationale concurrentie. Uit tabel 2 blijkt dat Nederland op dit moment – dus zonder dat het splitsingsvoorstel van Brinkhorst is uitgevoerd – in ieder geval niet achter loopt in Europa als het gaat om liberalisering door splitsing. De Nederlandse elektriciteitsmarkt kan niet los worden gezien van de Europese context.

<sup>7</sup> Gómez-Ibáñez, José A. Op. Cit..



Indien het creëren van een level playing field van belang is, wat men wel mag aannemen, dan ligt het als klein land met kleine spelers minder voor de hand om voorop te lopen in de liberalisering van de nationale markt (de Nederlandse markt is klein in vergelijking met de grote Europese landen en kunnen daarom relatief eenvoudig worden overgenomen; splitsing vergroot de kans op overname). Het ministerie van Economische Zaken beaamt verder te gaan dan nu verplicht is door Europese richtlijnen. Maar de minister geeft aan dat tijdens gesprekken met diverse Europese beslissers steun is uitgesproken voor zijn voorstellen om verdergaand te splitsen dan vanuit Europees perspectief verplicht is. Het ministerie geeft aan dat in andere landen (vooral het VK) deels ook gesplitst hebben. De elektriciteitsbedrijven vinden dit echter (terecht) geen goede vergelijking; de splitsing daar was vrijwillig, terwijl die hier verplicht is voor alle bedrijven.<sup>8</sup>

Tabel 2: Een level playing field in Europa?

Land	Type ontbundeling netbedrijven	Onafhankelijkheid directie en RvC	Bijzonderheden
België (Vlaanderen)	Juridisch/Eigendom	Ja (helpt)	Producenten en/of leveranciers < 30% eigendom in netbedrijf
België (Wallonië)	Juridisch/Eigendom	Ja (helpt)	51% netbedrijf in handen overheid
Denemarken	Juridisch/Eigendom	Nee	Producenten en/of leveranciers < 30% eigendom in netbedrijf
Duitsland	Administratief	Nee	Geen
Frankrijk	Administratief	Nee	RTE is onderdeel van EDF
Italië	Juridisch	Nee	Geen
Nederland	Juridisch	Ja	Verbod privatisering tot (in elk geval) 1 juli 2004
Noorwegen	Administratief	Nee	Geen
Spanje	Juridisch	Nee	Geen
Verenigd Koninkrijk	Juridisch / Administratief (kleine bedrijven)	Nee	Geen
Zweden	Juridisch	Nee	Geen

Bron: Deloitte & Touche (2003), *Internationale benchmark privatisering en unbundling regionale energiebedrijven*, juli, Amstelveen.

Na eigendomssplitsing is er sprake van oneerlijke concurrentie tussen Nederland en de rest van Europa, waardoor de kans op buitenlandse van Nederlandse bedrijven overnames groter wordt. De Europese energiemarkt is geen level playing field. Sommige landen bevoordelen hun eigen thuismarkt middels hoge toetredingsbarrières en staatssteun. Daardoor hebben met name Franse en Duitse bedrijven kunnen uitgroeien tot nationale kampioenen die hun marktmacht kunnen aanwenden om elders bedrijven over te nemen. Volledige splitsing vergemakkelijkt deze buitenlandse overname van leveringsbedrijven. De bedrijven geven aan dat er geen internationaal level playing field is. Brinkhorst zegt juist te strijden voor een level playing field.

Twee tegengestelde denkbeelden bij dezelfde maatregel dus. De reden voor dit verschil heeft te maken met de afbakening van de relevante markt, dat wil zeggen de markt waarop mededingingsrechtelijke vraagstukken worden beoordeeld. In de ogen van de minister is Nederland de relevante markt en in de ogen van ondermeer de energiebedrijven is de relevante veel ruimer en strekt zich uit over (een groot deel van) Europa. Kortom, bedrijven en overheid verschillen van mening over een juiste marktafbakening. Voor een goed besluit is een goed onderbouwde marktafbakening van groot belang – maar helaas ontbreekt een dergelijke afbakening tot op heden. De NMa heeft in 2002 een Notitie geschreven over concentraties in de energiesector,<sup>9</sup> waarbij de marktafbakening vooralsnog werd beperkt tot de Nederlandse markt. Hierbij zijn twee opmerkingen te maken. Ten eerste is deze

<sup>8</sup> *Financieele Dagblad* (26 oktober 2004), Brandbrief voor EZ van energiebedrijven.

<sup>9</sup> NMa (2002), *Notitie concentraties in de energiesector*, 19 december.

afbakening reeds twee jaar oud wat in de snel veranderende elektriciteitsmarkt te oud kan zijn. Maar belangrijker nog is dat de aandacht vooral ging naar de productie en dat de netwerken heel weinig aandacht kregen, omdat dit (regionale) monopolies zijn waar geen mededinging mogelijk is. De afbakening is dus niet met het oog op de splitsingsproblematiek gemaakt, en is daarom niet bruikbaar. De NMA hield ook bij de beoordeling van de overname zaak van Nuon-Reliant vast aan deze enge marktafbakening.

Tabel 3 vat de genoemde nadelen en onze reactie daarop bondig samen.

Tabel 3: De nadelen van volledige splitsing in het kort

<b>Nadelen van Eigendomsunbundling</b>	<b>Opmerkingen</b>
Eigendomssplitsing leidt tot dubbele marginalisatie.	Dit is een reëel risico, waardoor prijzen kunnen stijgen en de productie afneemt.
Eigendomssplitsing vermindert de mogelijkheden om economies of scope te benutten.	Dit is een reëel risico; er wordt echter gediscussieerd over de potentiële omvang van die economies of scope.
Eigendomssplitsing leidt tot verhoging van de transactiekosten.	Dit is een reëel risico, er is veel meer overleg en afstemming nodig tussen bedrijven.
Eigendomssplitsing brengt (hoge) eenmalige kosten met zich mee.	Dit is een reëel risico.
Eigendomssplitsing leidt tot oneerlijke concurrentie tussen Nederland en de rest van Europa.	Dit is een reëel risico, waardoor de kans op buitenlandse overnames van Nederlandse bedrijven groter wordt. Dat is een probleem indien buitenlandse bedrijven minder gericht zijn op het borgen van leveringszekerheid in Nederland.

### 2.3 Resumerend

Door volledige verticale splitsing neemt de *mogelijkheid* om de concurrentie te beperken af, doordat het downstream bedrijf de inputs koopt van aparte input-leverancier net zoals de concurrenten. Ook neemt de *prikkel* om concurrentie te beperken af doordat input- en dienstenleverancier onafhankelijk van elkaar winst zullen willen maximaliseren in plaats de gezamenlijke winst te maximaliseren. Ten derde is er – juist doordat de prikkels na splitsing veranderen – minder toezicht en regulering nodig, hetgeen tot lagere kosten leidt. Tegenover deze feiten staat het feit dat de voordelen van verticale integratie door de verplichte splitsing ook worden geëlimineerd. Uit het oogpunt van efficiëntie is vereist dat wordt vastgesteld of althans zeer aannemelijk gemaakt dat er geen ‘economies of scope’ bestaan, dat er geen gevaar is voor dubbele marginalisatie, een verhoging van de transactiekosten of buitenlandse overnames, of althans dat deze niet opwegen tegen de eventuele voordelen van verticale ontbundeling. Ons is niet duidelijk dat deze afweging heeft plaatsgevonden.

Voor de afweging is tevens van groot belang in hoeverre er een competitieve leveringsmarkt bestaat. Dat kan via een structuurmaatregel als economische Eigendomsunbundling, maar het kan ook op minder ingrijpende wijzen met gedragsregulering. Hoe het ook zij, de mate van concurrentie valt of staat met de bereidheid van consumenten om over te stappen. Tot op heden zijn sinds de volledige liberalisering van de leveringsmarkt zo’n 4% van alle huishoudens overgestapt naar een ander stroombedrijf.<sup>10</sup>

Duidelijk is dat volledige splitsing leidt tot een reductie van marktmacht en tot verbeterde concurrentie. De vraag is echter of de prijs die daarvoor wordt betaald niet te hoog is. Bij het beoordelen van de voordelen is dus van groot belang of de volledige splitsing ook tot een welvaartsverhoging leidt. Uiteindelijk moet het in het beleid niet gaan om de bescherming van

<sup>10</sup> *Volkscrant* (6 oktober 2004), Moeiteloos over naar een ander stroombedrijf.

concurrenten, maar om het competitieve proces dat ons allen voordelen oplevert. Bishop & Walker merken in dit verband op:

*“It will always be tempting for a competition authority to respond favourably to firms who complain about the lack of access to new markets and there are certain cases where refusal to supply or an essential facilities argument will have some merit. However, it is important to remember that the purpose of competition law is to protect competition not competitors and in the majority of cases the blind application of the essential facilities doctrine will only serve to undermine the incentives for dynamic efficiency that underpin the competitive process.”<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> Bishop, S. & M. Walker (1999), *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, Sweet & Maxwell Ltd., London, p. 121.

### 3. De (afwezigheid van) juridische noodzaak tot splitsen

#### 3.1 Implementatie en Interventiewet Juni 2004

De positie van de Nederlandse elektriciteitsnetten en gasnetten, en van de beheerders van die netten is geregeld in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet 2000. Deze wetten zijn geïnspireerd op twee Europese Richtlijnen betreffende de elektriciteitssector en de gasector uit respectievelijk 1996<sup>12</sup> en 1998<sup>13</sup>. Uitgangspunten waren ongehinderde en non-discriminatoire toegang van marktpartijen tot de netten en zogenoemde “*unbundling*” van die netten in onafhankelijke netbeheerders, een en ander onder scherp toezicht van de gespecialiseerde toezichthouder DTe. Al op dat moment gingen de Elektriciteitswet en de Gaswet verder dat vereist door de EU richtlijnen uit 1996 en 1998.

De zogenoemde “*Implementatie en Interventiewet*”, ofwel “*I&P*” wet van juni van dit jaar strekte ertoe de tweede daaropvolgende Europese richtlijnen voor elektriciteit en gas<sup>14</sup> te implementeren, het toezicht op het netbeheer aan te scherpen en maatregelen te nemen om de kwaliteit van de elektriciteits- en gasnetten te waarborgen. Deze wet schiep nog verdergaande toezichtshoudende bevoegdheden voor de DTe en bepalingen ten aanzien van leverings- en voorzieningszekerheid. Vlak voor de invoering in juni is in dit opzicht nog een groot aantal wijzigingen in de I&P wet aangebracht. Nederland gaat thans op vele punten veel verder dan de Europese richtlijnen van ons verwachten. De regelgeving ten aanzien van de onafhankelijkheid van de netten, zoals deze op dit moment in Nederland van kracht zijn, is opgesomd in bijlage 3 bij dit advies. Wij merken daarbij tevens op dat uit onze praktijk voortkomend anekdotisch bewijs aangeeft dat in Nederland geen probleem bestaat met betrekking tot de toegang tot de gas- en elektriciteitsnetten. Dit in tegenstelling met landen als Duitsland en Spanje waar dergelijke problemen zich daadwerkelijk voordoen.

Het is van belang te constateren dat de Europese elektriciteits- en gasrichtlijnen uitdrukkelijk niet de bedoeling hebben in te grijpen in eigendomsverhoudingen<sup>15</sup> en zelfs erkennen dat het niet noodzakelijk is dat netbeheerders eigenaar zijn van de door hen beheerde netten<sup>16</sup>. De I&P wet verplicht echter elektriciteits- en gasnetbeheerders om te beschikken over de “*economische eigendom*” van de netwerken. Deze bepalingen zijn op dit moment nog niet in werking getreden in afwachting van de plannen van de minister betreffende volledige juridische afsplitsing van de netwerkbedrijven op aandeelhoudersniveau. Zijn visie is dat netten en netwerkbedrijven niet langer deel behoren uit te maken van hetzelfde concern als het elektriciteits- en gasproductie- en leveringsbedrijven. Iets wat Europeesrechtelijk niet alleen niet vereist is, maar ook niet wordt nagestreefd.

De voorlopige conclusie is dat de Europese richtlijnen over elektriciteit en gas geen splitsing vereisen als thans door de minister wordt beoogd en dat het reeds bestaande uitvoerige pakket van regelgeving met betrekking tot de netten recent nog sterk is uitgebreid.

#### 3.2 Plan van Aanpak

In het op 11 oktober 2004 gepubliceerde plan van aanpak voor de splitsing van de Nederlandse energiebedrijven aan de Tweede Kamer kondigde de minister aan om eind van dit jaar een

<sup>12</sup> EU richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996

<sup>13</sup> EU richtlijn 98/30/EG van 22 juni 1998

<sup>14</sup> EU richtlijn nr. 2003/54/EG van 26 juni 2003 en EU richtlijn nr. 2003/55/EG van 26 juni 2003

<sup>15</sup> Overweging (10) van EU richtlijn nr. 2003/54/EG van 26 juni 2003: “[b]ij deze richtlijn worden geen eigendomsvraagstukken geregeld (...)”

<sup>16</sup> Overweging (8) van EU richtlijn nr. 2003/54/EG van 26 juni 2003: “Ook moeten transmissie- en distributiesysteembeheerders over effectieve bevoegdheden beschikken om besluiten te nemen met betrekking tot de voor het onderhoud en het beheer en de ontwikkeling van de netwerken benodigde activa wanneer deze activa eigendom zijn van en geëxploiteerd worden door verticaal geïntegreerde bedrijven”.

wetsvoorstel over splitsing van energiebedrijven in de ministerraad te kunnen behandelen. Begin volgend jaar wordt de Tweede Kamer geïnformeerd over de mogelijkheid tot privatisering van netbeheerders. Het proces van splitsing van de Nederlandse energiebedrijven, inclusief de wetgeving en de herstructurering van de bedrijven, moet uiterlijk op 1 januari 2007 zijn afgerond.

Het plan komt 7 maanden nadat de minister in zijn zogenoemde privatiseringsbrief aankondigde dat in zijn visie de netwerkbedrijven geheel afgesplitst moeten worden van de commerciële activiteiten van de energiebedrijven. De opvattingen van de minister gaan in tegen verschillende (wetenschappelijke) rapporten (zie bijlage 2), als ook tegen de wensen van de energiebedrijven zelf en een belangrijk deel van hun aandeelhouders.

### **3.2.1 Consumentenbelang en marktwerking**

In de aanpak van de minister staat het consumentenbelang voorop. Het plan bevestigt dat de netten volledig afgesplitst dienen te worden van de overige activiteiten van de bedrijven, zoals productie, handel en levering van energie. Transport van elektriciteit en gas via de netten is een (natuurlijk) monopolie; de overige activiteiten worden in concurrentie uitgeoefend. Splitsing is volgens de minister noodzakelijk om te voorkomen dat er structureel prikkels blijven bestaan om via eventuele invloed op het netbeheer voor die andere activiteiten oneigenlijke concurrentievoordelen te behalen. Dat acht de minister niet in het belang van de afnemer. Volledig onafhankelijk beheer van gas- en elektriciteitsnetten is nodig om de concurrentie op de energiemarkt te bevorderen. Dit standpunt is in het voorgaande reeds voldoende weerlegd.

Volgens de minister voorzien de (overigens zeer vergaande) wijzigingen die door middel van de I&I wet in juli in de Elektriciteitswet en de Gaswet zijn doorgevoerd onvoldoende in het bevorderen van concurrentie op de elektriciteitsmarkt. Dit is een opmerkelijk argument aangezien de wijzigingen voortvloeiend uit de I&I wet nog geen half jaar oud zijn en derhalve ook geen onderzoek is of kan zijn naar de toereikendheid gedaan daarvan.

In paragraaf 2.2 werd al besproken dat de minister in Europa een tendens voorziet naar verdere internationalisatie. De Nederlandse energiebedrijven zullen in zijn visie op den duur deel gaan uitmaken van internationale ondernemingen die met elkaar concurreren op de Europese markt. De minister meent dat de Nederlandse markt en consument beter af zijn als het netwerk een geheel onafhankelijke rol vervult en geen deel uitmaakt van die Europese consolidatieslag. Door de splitsing wil de minister voorkomen dat de energiebedrijven in de toekomst geïntegreerd, dat wil zeggen inclusief de netwerken, worden overgenomen.

### **3.2.2 Verbod om aandelen te houden**

Om de splitsing te bewerkstelligen zal in de Elektriciteitswet en de Gaswet een verbod worden opgenomen op het gelijktijdig direct of indirect houden van zowel aandelen in netbeheerders enerzijds en in leverings-, handels- en productiebedrijven van elektriciteit en gas anderzijds. Dit verbod is de kern van het wetsvoorstel dat de minister begin 2005 bij de Tweede Kamer zal indienen. Dit verbod zal gelden voor de huidige holding van de energieconcerns, zodat netbeheerders en de commerciële activiteiten worden gescheiden. Dit verbod zal niet gelden voor de kring van huidige aandeelhouders (provincies en gemeenten). Zij worden niet gedwongen hun aandelen te verkopen. De aandelen in de netbeheerder kunnen in de eindsituatie zowel direct als indirect bij de aandeelhouders berusten. Echter: de minister beraadt zich nog of de uitzondering voor de bestaande kring van aandeelhouders permanent moet zijn of juist zou moeten vervallen als aandeelhouders hun aandelen in één van beide bedrijven die na splitsing zullen ontstaan hebben verkocht.

Vennootschapsrechtelijk is dit alles een juridisch novum. Over de Europeesrechtelijke aspecten hiervan wordt in hoofdstuk 4 gesproken. Het is hier van belang vast te stellen dat niet alleen kan

worden volstaan met een wettelijke regel die het in een hand brengen van aandelen in netbeheerders en aandelen in commerciële energiebedrijven verbiedt. Men zal daarmee niet alleen de overdraagbaarheid van aandelen in netbeheerders moeten beperken, maar ook die van aandelen in bedoelde commerciële energiebedrijven. Immers, de aandelen in die laatstbedoelde bedrijven zullen niet meer aan aandeelhouders van netbedrijven mogen worden verkocht. Indien een gedeeltelijke privatisering van netbedrijven wordt toegestaan, wordt het nog complexer. In dat geval zullen ook zullen regels tot stand moeten worden gebracht die bepaalde overdrachten van de betreffende (geprivatiseerde) aandelen verbieden en die toekomstige acquisities van belangen in commerciële bedrijven verbieden en/ of onder dergelijke omstandigheden een aanbiedingsplicht ten van de aandelen in de netbeheerder voorschrijven. Voor de DTe geen eenvoudige toezichtstaak.

### 3.2.3 “Vette” netbeheerders

De minister acht het van belang dat er na splitsing “vette” netbeheerders ontstaan die daadwerkelijk in staat zijn om zelfstandig te opereren. De netbeheerder zal de strategische taken zelf moeten uitvoeren. Wat dat zijn is in grote lijnen aangegeven in de Tweede Kamer behandeling van de Elektriciteitswet in 1997/1998. Operationele taken kunnen worden uitbesteed. Bij dit laatste moet rekening worden gehouden met de Europese aanbestedingsrichtlijn nutssectoren. Daarbij moet worden opgemerkt dat de kamerstukken op dit gebied bepaald niet eenduidig zijn en het hier door de minister gehanteerde onderscheid dus nog tot veel interpretatievragen kan leiden.

Niet vereist wordt echter dat de netbeheerder in juridische zin eigenaar is van het net, “*economische*” eigendom wordt voldoende geacht. Daarbij is dan wel een aanvullend vereiste dat de “*juridische*” eigenaar “*in beginsel*” een groepsmaatschappij moet zijn van de netbeheerder. De regels betreffende economische eigendom van het net zijn op dit moment wel in de Elektriciteitswet en Gaswet opgenomen, maar nog niet in werking getreden. De minister heeft aangegeven de eis dat de economische eigendom van het net bij de netbeheerder moet berusten, gelijktijdig in werking te laten treden met de splitsing. Al met al is het overduidelijk dat tal van ingrepen in eigendomsverhoudingen worden overwogen. Wij komen op de onwenselijkheid daarvan in hoofdstuk 4 nader terug.

### 3.2.4 Splitsingsscenario's

De voorgestelde splitsing vereist dat de geïntegreerde energiedistributiebedrijven geherstructureerd moeten worden. In het plan beschrijft de minister schetsmatig enkele mogelijke splitsingsscenario's die alle tot hetzelfde eindresultaat leiden. In hoofdlijnen komen die scenario's op het volgende neer:

- (i) een uitkering van de aandelen in een dochtermaatschappij/netbeheerder door de holdingmaatschappij,
- (ii) een juridische afsplitsing of een overdracht/ storting op aandelen van de commerciële activiteiten aan een dochtermaatschappij/netbeheerder, gevolgd door een overdracht van die dochter, en
- (iii) een juridische splitsing van de holdingmaatschappij in twee holdings, een met de commerciële dochters, een met de netbeheerdochter(s).

De minister is van mening dat de splitsing niet tot waardeverlies leidt. Wij moeten opmerken dat onze mening en praktijkervaring is dat hierover zeer verschillend kan worden gedacht. Onze argumenten uit hoofdstuk 2 wijzen al in de tegengestelde richting. Wel staat voor de minister vast dat een en ander kosten met zich mee zal brengen. Naast de directe reorganisatiekosten en verlies aan synergie, vloeien die onder meer voort uit de wijzigingen in de eigendomsstructuur, de ten aanzien van de meeste netwerken bestaande cross border leases, en de verminderde kredietwaardigheid van het commerciële deel van de energiebedrijven. Belastingtechnisch ontstaan reorganisatiekosten en wordt een fiscale eenheid onmogelijk. De minister heeft aangegeven bedrijven zoveel mogelijk ruimte te geven voor een herstructurering met zo weinig mogelijk negatieve financieel-economische gevolgen. De verantwoordelijkheid voor de gevolgen laat hij echter volledig bij de energiebedrijven. Hij stelt daarbij



dat energiebedrijven de cross border lease constructies vrijwillig zijn aangegaan, met alle voordelen en risico's die daarbij horen. Wat betreft de fiscale gevolgen zal de minister overleg voeren met de minister van Financiën.

Aangezien op dit moment echter geen concrete wetsvoorstellen voorliggen, is het niet mogelijk na te gaan in hoeverre daadwerkelijk aan de door de sector gesignaleerde en door de minister onderschreven bezwaren wordt tegemoet gekomen.

### **3.2.5 Privatisering**

De meeste van de huidige aandeelhouders van energiebedrijven hebben aangegeven dat zij meer beschikkingsruimte willen krijgen over hun financiële middelen die nu feitelijk zijn opgesloten in de geïntegreerde energiebedrijven. De minister geeft aan dat de splitsing van de energiebedrijven aandeelhouders deze mogelijkheid biedt doordat zij zich dan kunnen terugtrekken uit de commerciële energieactiviteiten. Verkoop en privatisering van de commerciële activiteiten is direct na de splitsing mogelijk.

In zijn privatiseringsbrief van 31 maart jl. heeft de minister aangegeven in 2007 te zullen beslissen over eventuele privatisering van de netwerken. Omdat duidelijk is geworden dat aandeelhouders sterke behoefte hebben aan snelle duidelijkheid over de vraag of, en zo ja, wanneer en onder welke voorwaarden men de aandelen in de netbeheerder kan vervreemden, heeft de minister thans aangegeven op korte termijn een duidelijk privatiseringsperspectief te zullen bieden. De minister denkt daarbij aan het toestaan van minderheidsprivatisering van netbeheerders zodra aan de splitsingsvoorwaarden is voldaan. Dat kan dan ook vóór 1 januari 2007. De minister wil nog bezien of naast de eis van splitsing nog aanvullende eisen nodig zijn om een onafhankelijk functioneren van de netbeheerder te waarborgen, hetzij in wetgeving, hetzij in privatiseringsvoorwaarden. Begin 2005 zal de minister de Tweede Kamer nader over privatiseringsmogelijkheden informeren. Vooruitlopend op een eventuele privatisering van de netwerkbedrijven kunnen de aandeelhouders tot herkapitalisatie van deze bedrijven overgaan. Daarbij kan een deel van het eigen vermogen worden vervangen door vreemd vermogen, waarna dat deel van het eigen vermogen als dividend kan worden uitgekeerd.

In het kader van privatisering merkt de minister voorts op dat het op grond van Europese regelgeving alleen mogelijk is bedrijven die actief zijn in levering, handel en productie van elektriciteit en gas uit te sluiten van het (indirect) verwerven van aandelen in netbeheerders. Hij stelt daarbij dat andere restricties, zoals een beperking van de toekomstige kring van aandeelhouders tot bijvoorbeeld institutionele beleggers, niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen, niet-economisch belang. Dergelijke restricties zijn derhalve onverenigbaar met het beginsel van vrij verkeer van kapitaal. *A contrario* redenerend stelt de minister dus dat de door hem voorgestelde restricties wel verenigbaar zijn met het vrij verkeer van kapitaal. Een controversiële stelling.

#### 4. De juridische controverse.

De vraag rijst of de splitsingsplannen van minister Brinkhorst beperkingen opleggen die verenigbaar zijn met de Europese vrijheden van kapitaal en van vestiging<sup>17</sup>. Van groot belang voor een beperking van de overdraagbaarheid van aandelen is de reikwijdte van eigendomsrechten van Lidstaten op grond van artikel 295 van het EG Verdrag. Hierna wordt ingegaan op:

- (i) de meest relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (“HvJ EG”) met betrekking tot de beperking van de overdraagbaarheid van aandelen onder artikel 43 en 59 EG en artikel 295 EG,
- (ii) relevante bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (“EVRM”), en
- (iii) een advies van de Raad van State inzake de privatisering van RWE OBRAGAS.

##### 4.1 Eigendomsrechten onder Artikel 295 van het EG Verdrag

Het Verdrag beoogt niet in te grijpen in nationale eigendomsverhoudingen. Artikel 295 van het EG - Verdrag bepaalt uitdrukkelijk dat het Verdrag de regeling van eigendomsrechten van lidstaten onverlet laat. In paragraaf 3.1 is al aangegeven dat de Europese Elektriciteits- en Gasrichtlijnen niet beogen in te grijpen in eigendomsverhoudingen. Het gevolg van deze regels is kortgezegd dat de overheid niet behoeft te privatiseren indien zij dat niet wenselijk acht. Indien er echter wordt geprivatiseerd, gelden de “golden share” regels die hierna worden uitgewerkt. De reikwijdte van artikel 295 is echter ook weer niet geheel onbeperkt. Volgens vaste jurisprudentie van het EHvJ EG mag het uitoefenen van eigendomsrechten niet in strijd zijn met de fundamentele Verdragsregels.<sup>18</sup> “Ofschoon elke lidstaat krachtens artikel 295 EG bevoegd blijft voor de regeling van de eigendom van onroerend goed, heeft deze bepaling niet ten gevolge, dat een dergelijke regeling buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels valt”.<sup>19</sup> Als dergelijke fundamentele Verdragsregels kunnen bijvoorbeeld worden aangemerkt: het non-discriminatie beginsel, de vrijheid van vestiging, het vrije kapitaalverkeer en de mededingingsbepalingen onder artikel 81 en 82 van het EG - Verdrag.<sup>20</sup>

Veel jurisprudentie over artikel 295 van het EG-verdrag heeft betrekking op de aankoop van onroerend goed. De zaken Fearon en Konle bijvoorbeeld betreffen de uitoefening van eigendomsrechten op onroerend goed op een wijze die in strijd zou zijn met de vrijheid van vestiging onder artikel 43 EG (voormalig 52 EG). In Fearon werd een dergelijke uitoefening van bepaalde eigendomsrechten niet in strijd geacht met de vrijheid van vestiging onder artikel 43 EG omdat er geen onderscheid werd gemaakt naar nationaliteit.

<sup>17</sup> Respectievelijk artikel 56 en artikel 43 van het EU Verdrag

<sup>18</sup> HvJ EG, 6 november 1984, *Fearon*, (C-182/83, Jurispr. blz. 3677), punt 7:

*Consequently , although article 222 of the Treaty does not call in question the member states ' right to establish a system of compulsory acquisition by public bodies , such a system remains subject to the fundamental rule of non-discrimination which underlies the chapter of the Treaty relating to the right of establishment.”*

<sup>19</sup> Hof van Justitie EG: arrest van 1 juni 1999, *Konle* (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099), punt 38 en arrest van 6 november 1984, *Fearon*, (C-182/83, Jurispr. blz. 3677), punt 7.

<sup>20</sup> HvJ EG 23 september 2003, zaak C-452/01, *Margarethe Ospelt*, punt 24: “Vooraf moet eraan worden herinnerd dat op een dergelijke regeling, hoewel artikel 295 EG de lidstaten niet de mogelijkheid ontnemt om een regeling inzake grondeigendom in te voeren die in specifieke maatregelen voorziet voor transacties betreffende landbouw- en bosbouwgrond, de fundamentele regels van het gemeenschapsrecht van toepassing blijven, zoals het non-discriminatiebeginsel, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer (zie in die zin arrest van 6 november 1984, *Fearon*, 182/83, Jurispr. blz. 3677, punt 7, en arrest *Konle*, reeds aangehaald, punten 7 en 22). Meer in het bijzonder was het Hof van oordeel dat de strekking van de nationale maatregelen inzake de verwerving van grondeigendom moest worden getoetst aan de bepalingen van het Verdrag over het kapitaalverkeer (zie in die zin arrest van 5 maart 2002, *Reisch e.a.*, C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punten 28-31).”

In Konle was er sprake van een systeem van een verplichte voorafgaande vergunning voor de verkrijging van terreinen door de nationale en plaatselijke autoriteiten met het doel op de uitvoering van een ruimtelijke-orderingsbeleid in het algemeen belang. Volgens het HvJ EG leidt een dergelijke procedure van voorafgaande vergunning met betrekking tot de aankoop van grond naar haar aard zelf tot een beperking van het vrije kapitaalverkeer. Een dergelijk systeem is volgens het HvJ EG daarom ook slechts onder bepaalde voorwaarden aan te merken als verenigbaar met artikel 56 EG.<sup>21</sup> Volgens het HvJ EG in Konle kan een procedure van voorafgaande vergunning alleen worden toegestaan indien deze niet discriminerend wordt toegepast en indien met andere minder ingrijpende procedures niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt.<sup>22</sup>

De meest recente jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot artikel 295 EG is het arrest in de zaak Ospelt.<sup>23</sup> In Ospelt oordeelde het HvJ dat bepaalde beperkingen in de vorm van voorafgaande goedkeuring in wetgeving met het doel op de uitvoering van een “ruimtelijke-orderingsbeleid in het algemeen belang” in principe gerechtvaardigd kunnen zijn indien deze niet verder gaan dan noodzakelijk is. Een systeem van voorafgaande goedkeuring is volgens het HvJ EG een maatregel die naar haar voorwerp zelf het vrije kapitaalverkeer (Artikel 56 EG) beperkt maar een dergelijk systeem kan niettemin geoorloofd zijn, mits zonder discriminatie een doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd en men niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.<sup>24</sup>

#### 4.2 De “Golden Share” arresten van 4 juni 2002 en volgende arresten

Als een overheid besluit om te privatiseren en de aandelen aan private partijen overdraagt, mogen er op grond van de huidige jurisprudentie van het HvJ EG in beginsel geen beperkingen meer worden gesteld aan de overdraagbaarheid van deze aandelen. Een dergelijke beperking zou in strijd zijn met het Europese vrije kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging. Alleen in het geval dringende redenen van algemeen belang kunnen er beperkingen worden gesteld aan het vrije verkeer van kapitaal. Deze beperkingen moeten non-discriminatoire zijn, geschikt om het gestelde doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is (“evenredigheidsbeginsel”). Een van deze dringende redenen van algemeen belang die het vrije verkeer van kapitaal opzij kan zetten, is bijvoorbeeld de bescherming van de leveringszekerheid van energie (“security of supply”).

Op 4 juni 2002 is een drietal arresten geweest met betrekking tot golden shares. Het meest belangrijke arrest van deze drie is het arrest van het HvJ EG van 4 juni 2002, in zaak C-503/99, Commissie tegen België. De overwegingen van het HvJ zijn opgenomen in Bijlage 4.

Uit deze zaak van de Commissie tegen België zijn de mogelijkheden om het vrije kapitaalverkeer te beperken aan strenge eisen onderworpen. Het vrije verkeer van kapitaal kan slechts worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing is op alle personen of ondernemingen. Bovendien moet de betrokken regeling geschikt

<sup>21</sup> Konle, punt 39

<sup>22</sup> Konle, punt 40

<sup>23</sup> Hof van Justitie EG, 23 september 2003, zaak C-452/01, *Margarethe Ospelt and Schlössle Weissenberg Familien Stiftung*,

<sup>24</sup> *Ospelt*, punt 39: “Maatregelen die, zoals die in het hoofdgeding, door hun voorwerp zelf het vrije kapitaalverkeer beperken (zie in die zin voormeld arrest Konle, punt 39), kunnen niettemin geoorloofd zijn, mits zij enerzijds zonder discriminatie een doelstelling van algemeen belang nastreven en anderzijds het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, dat wil zeggen indien zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in die zin voormelde arresten Konle, punt 40, en Salzmann, punt 42). Wanneer het bovendien om de toekenning van een voorafgaande vergunning gaat, moeten deze maatregelen bovendien gegrond zijn op objectieve criteria, die vooraf bekend zijn gemaakt, en waartegen voor iedereen die door een dergelijke beperkende maatregel wordt geraakt, een beroepsmogelijkheid openstaat (zie in die zin arrest van 20 februari 2001, *Analir e.a.*, C-205/99, *Jurispr. blz. I-1271*, punt 38.)”

zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen. Ten aanzien van de energievoorziening moet steeds worden nagegaan of de uit de betrokken regeling voortvloeiende beperkingen het mogelijk maken om in de betrokken lidstaat, in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging, een minimale bevoorrading met energie te waarborgen, en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is. Een en ander dient restrictief te worden uitgelegd. In Commissie tegen België was geen sprake van voorafgaande goedkeuring zoals in Nederland. De Belgische regeling behelsde een ex post maatregel, hetgeen eerder aanvaardbaar wordt geacht.

Alle andere arresten die op 4 juni 2002 (en daarna) zijn geweest, hadden betrekking op systemen waarin wel sprake was van voorafgaande goedkeuring. In al deze arresten werden de daar gebruikte systemen van voorafgaande goedkeuring in strijd geacht met het vrije kapitaalverkeer.

In HvJ EG, 4 juni 2002, zaak C-493/99, Commissie t. Frankrijk oordeelde het HvJ EG dat er in de onderhavige zaak wel dringende redenen van algemeen belang, maar dat de beperking van het vrije kapitaalverkeer niet proportioneel was. Het HvJ EG heeft in haar arrest verenigbaarheid van een systeem van voorafgaande goedkeuring met het vrije kapitaalverkeer echter niet geheel uitgesloten.<sup>25</sup>

In HvJ EG, 4 juni 2002, zaak C-367/98 Commissie t. Portugal oordeelde het HvJ EG dat er in deze zaak geen dringende redenen van algemeen belang in het spel waren die een uitzondering op het vrije kapitaalverkeer konden rechtvaardigen.

#### 4.3 Argumenten op basis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM heeft ook een onderneming recht tot het ongestoorde genot van haar eigendommen<sup>26</sup>. Een nationale overheid en dus ook de Nederlandse overheid is niet zondermeer toegestaan daarop inbreuk op maken. Bij de splitsingsvoorstellen gebeurt dat echter wel. De energiebedrijven worden gedwongen hun bedrijf op te splitsen en verliezen daarmee het ongestoorde genot van een (zeer groot) deel hun eigendommen, namelijk de netten. In sommige gevallen maken deze 70 tot 80 procent van de balanswaarde van de energiebedrijven uit. Beperkingen op het ongestoorde genot zijn mogelijk onder drie voorwaarden:

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

Bij het proportionaliteitsvereiste heeft de staat een ruime “margin of appreciation”<sup>27</sup>, maar het is de vraag of een zo vergaande inbreuk op het ongestoorde genot in verhouding staat tot het nagestreefde doel. Zeker indien men in die afweging betreft wat hiervoor al is opgemerkt.

#### 4.4 Raad van State inzake de netwerken van RWE

De Nederlandse Raad van State onderschrijft het voorgaande. Hij heeft in het kader van de privatisering van regionaal distributiebedrijf Obragas in 2002 reeds geconcludeerd dat een instemmingsvereiste zoals opgenomen in artikel 85 van de G-Wet en art. 93 van de E-wet met betrekking tot de overdracht van de aandelen van het reeds geprivatiseerde Obragas in strijd is met het

<sup>25</sup> Later bevestigd in zaak C-463/00 *Commissie t. Spanje*, punt 64.

<sup>26</sup> Artikel 1 Eerste protocol van het EVRM: bescherming van eigendom:

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

<sup>27</sup> Advies Raad van State (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28323, A, pagina 10.)

vrije kapitaalverkeer<sup>28</sup>. Het levert een beperking op van het recht van vrije vestiging en vrij kapitaal verkeer, in ieder geval wanneer de instemming op de hoedanigheid van de koper betrekking heeft, welke een specifieke rechtvaardiging behoeft.

Aan de overdraagbaarheid van de aandelen in Obragas kunnen in principe geen beperkingen meer worden gesteld omdat de eigendom van de aandelen na de privatisering nu bij RWE ligt. De splitsingsplannen van Brinkhorst kunnen daarom in principe geen invloed hebben op de netwerkactiviteiten van reeds geprivatiseerde netwerkonderdelen van RWE zoals Obragas. Indien de overheid toch overgaat tot het opleggen van splitsing dan zou dat neerkomen op onteigening.

#### **4.5 Conclusies voor splitsingsscenario's op grond van Europees recht**

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat:

- (i) Het Verdrag beoogt niet in te grijpen in nationale eigendomsverhoudingen. Het uitoefenen van eigendomsrechten mag echter niet in strijd mag zijn met de fundamentele Verdragsregels, zoals de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer.
- (ii) Een systeem van voorafgaande goedkeuring is een maatregel die naar haar voorwerp zelf het vrije kapitaalverkeer beperkt. Een dergelijk systeem kan niettemin geoorloofd zijn, mits zonder discriminatie een doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd en men niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken. Vanzelfsprekend dient de maatregel ook geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen.
- (iii) Het vrije verkeer van kapitaal kan slechts worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing is op alle personen of ondernemingen. Bovendien moet de betrokken regeling geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en evenredig. Ten aanzien van de energievoorziening moet steeds worden nagegaan of het gaat om een regeling die bij een werkelijke en ernstige bedreiging de minimale bevoorrading met energie waarborgt en die niet verder gaat dan noodzakelijk. Een en ander dient restrictief te worden uitgelegd.
- (iv) Ten aanzien van inbreuk op eigendomsrechten gelden de voorwaarden dat deze in het algemeen belang moeten zijn en proportioneel.
- (v) Hoewel de exacte plannen van minister Brinkman op dit moment nog niet bekend zijn, is het zeer waarschijnlijk dat zij zullen ingrijpen in eigendomsverhoudingen. Dat is niet toegestaan indien dat strijd oplevert met fundamentele Verdragsbepalingen als de vrijheid van kapitaal, tenzij daar weer een rechtvaardiging voor is als hierboven omschreven. Ook indien de overdraagbaarheid van aandelen in netbeheerders of andere vennootschappen wordt beperkt is een dergelijke rechtvaardiging noodzakelijk. Hiervoor is al opgemerkt dat Europeesrechtelijk de door minister Brinkman voorgestane splitsing niet vereist is en dat de huidige Nederlandse wetgeving zeer vergaande bepalingen bevat terzake van de onafhankelijkheid van netten, netbeheerders en het toezicht daarop. Het valt derhalve te betwijfelen of een volledige juridische eigendomssplitsing nog in het algemeen belang kan worden geacht en geacht kan worden evenredig te zijn.

In paragraaf 3.2.2 werd geconstateerd dat niet alleen kan worden volstaan met een wettelijke regel die het in een hand brengen van aandelen in netbeheerders en aandelen in commerciële energiebedrijven verbiedt, maar dat ook de overdraagbaarheid van aandelen in commerciële energiebedrijven en eventueel geprivatiseerde aandelen in netbeheerders zal moeten worden beperkt. Hoewel de exacte

---

<sup>28</sup> TK 2001-2002, 28323, A

tekst van de door de minister voorgestelde regeling op dit moment nog onbekend is, is het zeer waarschijnlijk dat deze op gespannen voet staan met bovengenoemde Europese regels. Dat betreft niet alleen de primaire splitsingsregel, maar ook de aanvullende regels die noodzakelijk zullen zijn om te waarborgen dat een gesplitste situatie zal worden gehandhaafd.



## 5. Afweging en slotconclusies

### 5.1 De vaart en omvang van de transitie van de elektriciteitssector vraagt uitdrukkelijk om reguleringszekerheid en een stabiele institutionele omgeving.

Voor wat betreft de totstandkoming van regulering zijn twee fundamentele theorieën van belang: de *public interest* theorie en de *private interest* theorie.<sup>29</sup> Volgens de eerste theorie komt regulering door de overheid tot stand op verzoek van het publiek om marktfalen te herstellen.<sup>30</sup> De tweede theorie, ook wel de belangengroeptheorie genoemd, stelt dat overheidsregulering totstandkomt door inmenging van belangengroepen. Deze theorie wijst op het gevaar van een ‘*regulatory capture*’.<sup>31</sup> Het splitsingsvoorstel van de minister past minder bij de eerste theorie – die van regulering om marktfalen te corrigeren – omdat tot dusverre geen inzicht is gegeven in de welvaartseffecten van het voorstel. Het splitsingsdossier past beter bij de tweede theorie, maar dan op een ‘omgekeerde’ wijze. De totstandkoming van het voorstel kenmerkt zich niet – zoals de belangengroeptheorie voorspelt – in hoge mate door het wegen van visies van belangengroepen, maar juist door het omgekeerde. De energiebedrijven zijn immers niet voor, maar juist tegen het voorstel. De afgelopen jaren hebben de energiebedrijven flink geprocedeerd tegen de Nederlandse Staat, om voorgenomen regelgeving veranderd, uitgesteld of afgesteld te krijgen. Vaak waren de energiebedrijven hierin succesvol (denk bijvoorbeeld aan de prijsregulering van DTe).

Een belangrijke taak van de overheid is het creëren van een stabiele institutionele omgeving, waarin privaat initiatief zo min mogelijk door reguleringonzekerheid wordt gedwarsboemd. Indien geen sprake is van zekerheid, spreken economen van een hold-up probleem (zie box 3). Het splitsingsdossier is in dat opzicht zeker geen good practice. In de Industriebrief van begin oktober staat: “Om extra administratieve lasten en (nalevings)kosten te voorkomen zal het kabinet nieuwe EU-wet- en regelgeving in principe één-op-één overnemen. Het kabinet zal daar in ieder geval geen ‘nationale kop’ bovenop zetten, tenzij een specifiek Nederlands probleem daarom vraagt.” (p. 40). Het huidige splitsingsvoorstel past niet bij deze passage uit de industriebrief; de Eigendomsunbundling gaat verder dan de Europese wetgeving voorschrijft. Overigens was het algemene Nederlandse uitgangspunt voordat de Industriebrief uitkwam ook al dat de implementatie van EU richtlijnen niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is.

Het feit dat de privatiseringsdiscussie steeds wordt uitgesteld, terwijl splitsing en privatisering duidelijk verbonden dossiers zijn, maakt de reguleringonzekerheid voor private partijen alleen maar groter en zal de investeringsbereidheid in de sector geen goed doen. Zo spreekt ABNAMRO<sup>32</sup> in het blad *EnergieNederland* twee verwachtingen uit. Ten eerste verwacht ABNAMRO dat de splitsing slecht is voor de waarde van de energiebedrijven, die wordt met onzekerheid omgeven. Ten tweede verwacht de ABN AMRO dat de minderheidsaandelen die de lagere overheden in de netbedrijven in de toekomst waarschijnlijk mogen gaan verkopen niet aantrekkelijk zullen zijn, omdat veel van de op

<sup>29</sup> In praktijk spelen er ook andere aspecten een rol bij regulering, zoals jurisprudentie, de Europese verwachtingen en eisen, uitvoeringsproblemen, technische ontwikkelingen of bezuinigingen.

<sup>30</sup> Posner, Richard A. (1974), *Theories of Economic Regulation*, in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, (2), pp. 335-358.

<sup>31</sup> De Nobelprijs winnaar Stigler is bekend geworden met zijn analyse die aantoont hoe de regulatory cap leidt tot een regulator die niet het algemeen belang, maar de belangen van de gereguleerden beschermt. Stigler, G.J. (1971), *The theory of economic regulation*, in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, (1), pp. 3-21 en Stigler, G.J. (1974), *Free riders and collective action: an appendix to theories of economic regulation*, in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, (2), pp. 359-365.

<sup>32</sup> *EnergieNederland* (19 oktober 2004), ABN AMRO: ‘Geen overweldigende interesse Minderheidsaandeel netten’.

dit moment actieve partijen niet mee mogen bieden en omdat nieuwe beleggers risico's lopen omdat onduidelijk is wat er met de resterende 51 procent aandelen gaat gebeuren.

Meer in het algemeen geldt dat de elektriciteitssector een sector in transitie is, die sinds het eind van de jaren '90 zeer veel institutionele veranderingen heeft moeten absorberen. Het einde is nog niet in zicht, met de I&I wet, splitsing en mogelijk privatisering voor de deur. Voor een sector die een dergelijke transitie doormaakt, is het ook van belang dat de markt de kans krijgt om een markt te worden. Enige rust biedt de mogelijkheid om spelers te laten reageren op alle nieuwe prikkels die er nu al zijn. Indien blijkt dat de prikkels onvoldoende of in de verkeerde richting werken, kan alsnog worden ingegrepen.

### Box 3: Het hold up probleem

Door het *hold-up* probleem komen wederzijds voordelige transacties niet tot stand (of worden ze uitgesteld: *hold up* = uitstellen) met al het welvaartsverlies van dien. De achterliggende partij gaat geen transactie aan met de voorliggende partij omdat de eerste partij het bedrog (*hold up* = beroven) van de tweede partij voorziet. De niet-verifieerbare informatie impliceert dat de achterliggende partij zich niet geloofwaardig kan binden om de afspraak met de voorliggende partij na te komen. Een agent die verwacht dat anderen de opbrengsten van specifieke investeringen in zo'n relatie zullen opeisen, zal ontmoedigd worden te investeren. Het is efficiënt om de zeggenschap toe te delen aan die partijen wiens activiteiten de meeste waarde creëren in de relatie en wiens rechten het minst goed contracteerbaar zijn, bijvoorbeeld omdat de baten *ex ante* niet goed te voorzien en te specificeren zijn en de kosten niet goed verifieerbaar zijn.

De overheid zal haar reputatie van betrouwbaarheid willen beschermen door eigenaren te compenseren voor de inbreuk die zij maakt op hun eigendomsrechten. Anders dreigt *hold up*. Private investeerders worden dan huiverig om te investeren omdat zij terecht vrezen dat de overheid private eigendomsrechten slecht beschermt. Wanneer de overheid haar reputatie van betrouwbaarheid heeft verloren, heeft de overheid immers geen prikkel meer om deze reputatie te beschermen door zich betrouwbaar te gedragen.

Bron: Teulings, C., A. Bovenberg en H. van Dalen (2003), *De Calculus van het publiek belang*, in opdracht van EZ.

## 5.2 Eigendomssplitsing heeft bepaalde voordelen, maar onduidelijk is of deze groter zijn dan de nadelen; een afweging van de welvaartseffecten ontbreekt.

Het ministerie van Economische Zaken heeft zoals gezegd gekozen voor de meest vergaande vorm van splitsing. Uit het oogpunt van efficiëntie is vereist dat wordt vastgesteld of althans zeer aannemelijk gemaakt dat er geen 'economies of scope' bestaan, dat er geen gevaar is voor dubbele marginalisatie of een verhoging van de transactiekosten, of althans dat deze niet opwegen tegen de eventuele voordelen van verticale ontbundeling. Ons is niet duidelijk dat deze afweging heeft plaatsgevonden.

De conclusies zijn dan ook dat:

- De door de minister genoemde voordelen voor een belangrijk deel onbewezen zijn en onduidelijk is of het splitsingsvoorstel van de minister van EZ leidt tot een welvaartsverhoging;
- De deze (beweerde) voordelen door toegangs- of prijsregulering en toezicht zouden kunnen worden bereikt;
- De huidige Nederlandse wetgeving reeds nu zeer vergaande bepalingen bevat terzake van de onafhankelijkheid van netten, netbeheerders en het toezicht daarop en die regulering zeer recent ingrijpend is uitgebreid;
- Er reële risico's zijn dat zich een aantal belangrijke economische nadelen zal voordoen, te weten dubbele marginalisatie, vermindering van economies of scope, hogere transactiekosten en vermindering van de internationale concurrentiepositie;
- Europeesrechtelijk de door minister Brinkman voorgestane splitsingen niet worden vereist, maar juist controversieel zijn;
-

- Het zeer waarschijnlijk is dat het voorstel zal ingrijpen in eigendomsverhoudingen en/of inbreuk zal maken op de vrijheid van kapitaal en vestiging zonder dat daarvoor voldoende rechtvaardiging is:
- Duidelijk is dat het voorstel leidt tot concrete problemen voor de betrokken energiebedrijven wat betreft financieringen, kredietwaardigheid, cross border leases en belastingheffing, waarvoor op dit moment geen oplossing wordt geboden.

Wij adviseren dan ook nader onderzoek om de veronderstelling van de minister van Economische Zaken dat splitsing welvaartverhogend is, te toetsen. De minister benadrukt in onze ogen met name de baten van de door hem voorgestelde verticale splitsing en weegt die niet af tegen de kosten. In dit advies hebben wij potentiële kostenposten (dus: nadelen van verticale splitsing) beschreven, waarvan op voorhand allerm minst duidelijk is dat zij zullen wegvallen tegen de door de minister beschreven baten. Het feit dat verticale splitsing onherroepelijk en onomkeerbaar is, vraagt om een meer gedegen afweging dan op dit moment plaats heeft gevonden. Van alle kanten wordt aangedrongen op onderzoek dat de baten van splitsing tegen de kosten afzet. Zo stelt de AER:

*“De veelgehoorde gedachte dat afsplitsing van distributienetten van de Nederlandse energiebedrijven de concurrentie zou versterken en tot lagere binnenlandse prijzen zou leiden is niet gebaseerd op een adequate analyse van de problematiek. Afsplitsing van netten biedt naar het oordeel van de Raad geen soelaas voor de huidige prijsproblemen.”*

Dat vindt ook de door de minister in zijn brief aangehaalde OECD<sup>33</sup>:

*“...the structural separation approach is risky with benefits that seem limited, uncertain, indeed, conjectural, with on the other hand, potentially significant costs including potentially adverse effects on network development. Certainly there is insufficient evidence that benefits would be convincingly in excess of costs. Against such an assessment of structural separation proposals, it would seem sensible to persevere with improvements to the current regulatory approach backed with sanctions to deal with anticompetitive discrimination.”*

Met deze citaten wordt duidelijk dat de volledige splitsing, de meest vergaande vorm dus, waarvoor de overheid lijkt te kiezen uitsluitend een *ultimum remedium* kan en mag zijn. Er zijn immers alternatieve en minder ingrijpende instrumenten beschikbaar.

---

<sup>33</sup> OECD, 2003: OECD Working party No. 2 on Competition and Regulation: “The benefits and costs of structural separation”, DAF/COMP/WP2(2003)2, 10 januari 2003.

## BIJLAGE 1: De ontwikkelingen op de elektriciteitsmarkt

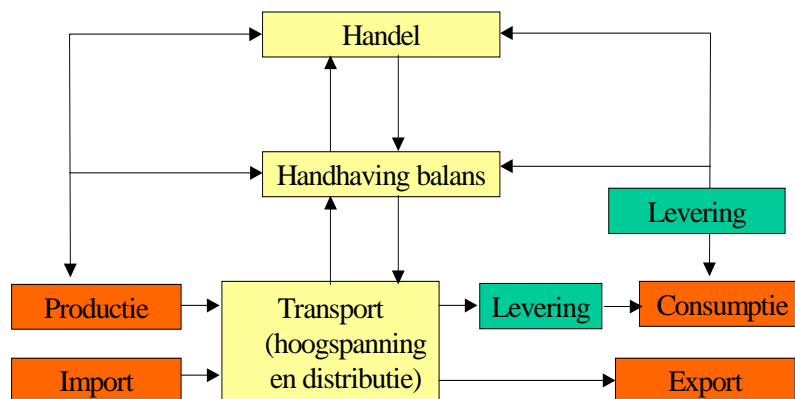
In de Elektriciteitswet van 1989 werd een voorzichtig begin gemaakt met het introduceren van meer prikkels tot doelmatigheid. Voortschrijdend inzicht over marktwerking en ontwikkelingen in de elektriciteitsmarkt in de jaren '90 hebben ertoe geleid dat in 1998 een nieuwe Elektriciteitswet werd geïntroduceerd.<sup>34</sup> In deze wet werd expliciet gekozen voor meer marktwerking. Het introduceren van meer marktwerking heeft geleid tot de oprichting van een sectorspecifieke toezichthouder DTe, het gefaseerd introduceren van de vrijheid om zelf een leverancier te kiezen, een I&I wet, enzovoorts. Kortom, de elektriciteitsmarkt is de laatste jaren sterk veranderd. Ook nu is het proces om marktwerking te introduceren nog niet voltooid en de markt zal de komende jaren nog verder veranderen. In de onderstaande box staat een korte schets van de elektriciteitsmarkt.

### Box 1: De elektriciteitsmarkt in het kort

De elektriciteitssector wordt veelal in vier onderdelen ontleed (zie de begrippenlijst van Europese Commissie, 1996)<sup>35</sup>:

- 1) Productiebedrijven die de stroom opwekken.
- 2) Transmissie, dit is het transport van de elektriciteit langs de hoogspanningsleidingen met het oog op levering ervan aan eindafnemers of distributiebedrijven.
- 3) Distributie, het transport van elektriciteit langs midden- en laagspanningsdistributienetten met het oog op levering aan afnemers.
- 4) Levering.

Tussen productie en levering zit dan nog de handel die overigens voor een zeer belangrijk deel binnenshuis, bilateraal of 'over the counter' plaatsheeft (dus niet op een markt; de APX handel betreft slechts 15% van de handel). Onderstaande figuur geeft deze verschillende onderdelen schematisch weer.



In 2003 werd er in Nederland meer dan 92½ miljoen kWh elektriciteit geproduceerd die samen met de import (nog eens bijna 21 miljoen kWh) vervoerd werd over bijna 266.000 km netten en dat werd afgenomen door meer dan 7,8 miljoen afnemers in Nederland en buitenlandse afnemers.<sup>36</sup> Wij zijn netto importeurs van elektriciteit.

Een knap ingewikkelde markt dus met vier schakels, waarbij deze vaak verticaal geïntegreerd zijn (soms ook met een grootverbruiker). De elektriciteitsbedrijven zijn horizontaal gescheiden en bedienen elk een aparte markt of regio. Er is niet in elk van deze onderdelen sprake van concurrentie

De transmissie en de distributie zijn natuurlijke monopolies (concurrentie introduceren door een tweede netwerk in een regio aan te leggen, is prohibitief duur). De kern van het probleem is dat afnemers niet kunnen wisselen

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld Ministerie van Economische Zaken (1995), *Derde Energiemeta*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 525, nrs. 1-2.

<sup>35</sup> Europees Parlement (1996), *Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit*; Publicatieblad Nr. L 027 van 30/01/1997 blz. 0020 – 0029.

<sup>36</sup> EnergieNed (2004), *Energie in Nederland 2004 – Feiten en cijfers*, Arhem.

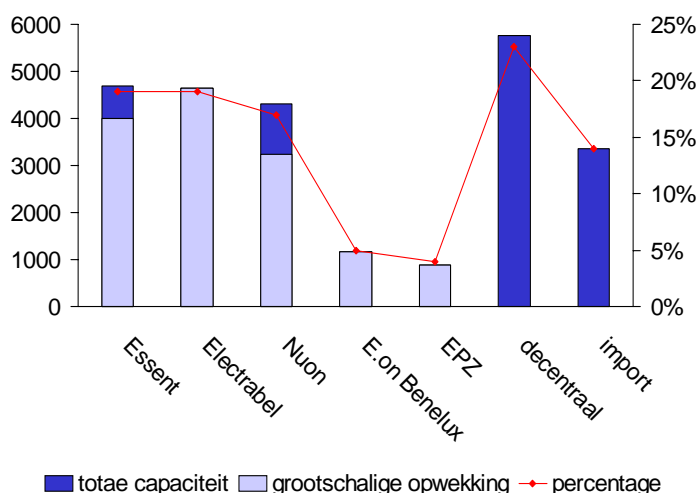
van netbeheerder; welk leveringsbedrijf de afnemer ook kiest, hij is altijd gebonden aan het regionale netbedrijf. Er is dus geen 'gewone' concurrentie mogelijk, maar bij de distributie is wel yardstick-concurrentie mogelijk.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Dienst uitvoering en toezicht Energie, DTe (2002), *Maatstafconcurrentie; regionale netbedrijven elektriciteit, tweede reguleringsperiode*, Informatie- en consultatiedocument, 20 november.

Vervolg Box 1

Bij deze vorm van concurrentie (ook wel maatstafconcurrentie genoemd) concurreren netbedrijven uit verschillende regio's met elkaar. De regulator stelt het tarief vast dat ze mogen vragen aan hun afnemers, gebaseerd op het gemiddelde kostenniveau. Netbedrijven hebben hierdoor een prikkel om goedkoper te werken dan de andere netbedrijven. Het transmissienetwerk is voor 40% in het bezit van TenneT (een bedrijf waarvan de aandelen in bezit zijn van de staat). TenneT beheert het gehele transmissienet en wordt zelf gereguleerd wordt door DTe.<sup>38</sup>



Bij productie is concurrentie geïntroduceerd en zijn buitenlandse overnames toegestaan (zo is ook geschied: het Amerikaanse Reliant is een poos actief geweest in Nederland en heeft het Belgische Electrabel een fors marktaandeel in de productie). Zoals uit onderstaande grafiek blijkt, is de markt geconcentreerd. De drie grote producenten Essent, Electrabel en Nuon hebben samen bijna 60% van de markt in handen, maar er wordt ook veel stroom decentraal opgewekt en geïmporteerd.<sup>39</sup> In de productie is geen sprake van een natuurlijke monopolie, maar er zijn waarschijnlijk wel schaalvoordelen die leiden tot de huidige geconcentreerde markt. Met name in de piekmarkt is sprake van marktmacht van de producenten die dan nog stroom aanbieden.

Ook bij levering is ondertussen concurrentie geïntroduceerd: alle afnemers mogen sinds 1 juli 2004 zelf hun leverancier kiezen. Deze liberalisering is het directe gevolg van Europese regelgeving, die een volledig vrije leveringsmarkt per 1 juli 2007 vereist. Er zijn ongeveer 35 leveranciers die een vergunning hebben om aan kleinverbruikers te mogen leveren. Drie grote leveranciers: Eneco 19%, Essent 29%, Continuon 34%; samen meer dan 80%.

In discussies over marktontwikkeling en de noodzaak dat de overheid ingrijpt, speelt vaak een aantal vragen door elkaar heen. Doordat deze vragen niet helder benoemd worden, ontstaat soms verwarring en worden antwoorden op verschillende vragen op een hoop gegooid. Volgens ons om draait het op dit moment om de volgende vier vragen<sup>40</sup>:

<sup>38</sup> Dienst uitvoering en toezicht Energie, DTe (2003), *Regulering TenneT, Informatie- en consultatiedocument*, februari.

<sup>39</sup> Nobelprijswinnaar Reinhard Selten (1973) laat in een beroemd speltheoretisch artikel zien dat de kans op het ontstaan van een kartel één is op een markt met 4 bedrijven. Bij vijf bedrijven wordt die kans iets meer dan een vijfde en bij zes bedrijven is de kans kleiner dan een honderdste. Op basis van dit resultaat zou de NMa moeten ingrijpen op elke markt met vier bedrijven want daar ontstaat zeker een kartel. Met zes bedrijven is er geen vuiltje aan de lucht. Geen markteconoom die dat zou adviseren want daarvoor is het resultaat van Selten te veel afhankelijk van niet realistische veronderstellingen (lineaire vraagcurven, symmetrische marktaandelen, volledige informatie). Selten, Reinard (1973), *A simple model of imperfect competition where four are few and six are many*, in: *International Journal of Game Theory*, 2, pp. 141-201.

<sup>40</sup> Barbara Baarsma (2004), *Korte inleiding leveringszekerheid elektriciteit*, Research memorandum 2004 / nr 1, Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam



1. Eigendomssplitsing ja of nee?: Moeten netbedrijven van de distributiebedrijven worden gesplitst ('unbundling')
2. Privatiseren of nationaliseren?: Kunnen leveringsbedrijven en/of netbedrijven geprivatiseerd worden? Op dit moment is 40% van het hoogspanningsnet in handen van overheidsbedrijf TenneT; de resterende 60% zou, indien voor nationaliseren wordt gekozen, gekocht moeten worden van de elektriciteitsbedrijven die dit net in handen hebben (kosten €1,5 tot €2 miljard). Nationalisatie van het laagspanningsnet zou nog eens €6 miljard kosten. De privatiseringsdiscussie komt in wezen neer op de vraag: wie kan het meest optimaal investeren, de overheid of het bedrijfsleven?<sup>41</sup>
3. Wel of geen nationale stroomkampioen?: Hebben producenten en leveranciers marktmacht en hoe moet hier eventueel mee omgegaan worden? Hier staat het gevaar van te grote machtsposities na fusies van producenten tegenover het gevaar van opgeslokt te worden door grote buitenlandse reuzen.
4. Op weg naar optimale leveringszekerheid?: Leveringszekerheid is de mate waarin afnemers onder voorzienbare omstandigheden feitelijk kunnen rekenen op levering. Leveringszekerheid betreft de betrouwbaarheid van de netten en de vraag of er wel voldoende reservecapaciteit is (productie).<sup>42</sup>

Deze vragen hangen met elkaar samen. Hier ligt de focus op de eerste vraag, die over splitsing. Zijdellings komen ook deze andere problemen op de elektriciteitsmarkt aan de orde (bijvoorbeeld n.a.v. de I&I brief naar de Kamer). Maar dit zijn lastige onderwerpen die ieder ook een eigen studie waardig zijn.

## Splitsing

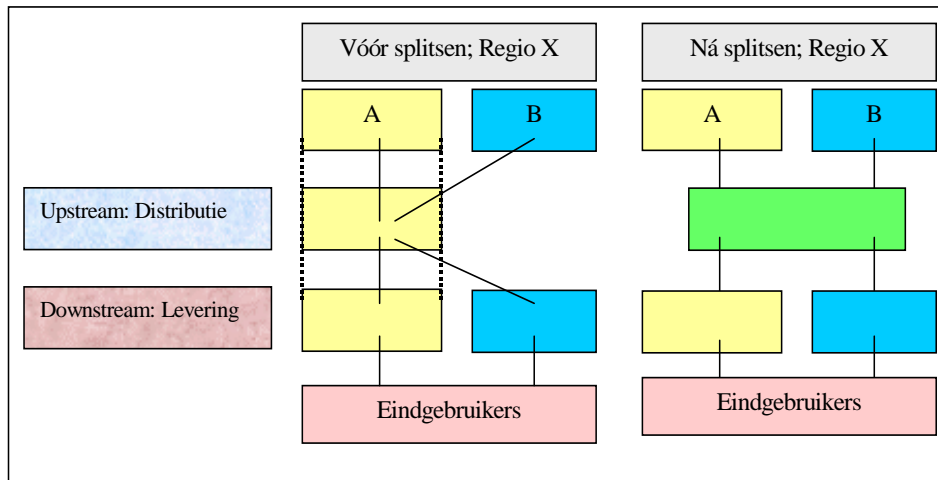
Het distributienet is een essentiële faciliteit omdat deze als 'input' nodig is om daarmee elektriciteit in een verticaal gerelateerde ('downstream') markt te kunnen leveren, maar deze faciliteit niet economisch zinvol gedupliceerd kan worden; er is m.a.w. sprake van een monopolie met een vrijwel *absoluut* karakter in de ('upstream') markt voor de faciliteit in kwestie. Stel dat in regio X, waar het distributienet van bedrijf A ligt, een leverancier B actief wordt. Het is voor aanbieder B noodzakelijk is om via het net van aanbieder A te gaan om bij de consumenten te komen.

---

<sup>41</sup> Voor een discussie van de issues die spelen bij privatiseringsdiscussie zie: *De kunst van het investeren in de elektriciteitssector* (2003), Hugo Keuzenkamp, Michiel de Nooij, m.m.v. Sjoerd van Geffen, Amsterdam, Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam, SEO-rapportnr. 672, of: Michiel de Nooij, Barbara Baarsma (2004), Dat de overheid beter investeert in elektriciteit is een waanidee, *Het Financieele Dagblad*, 10 maart 2004.

<sup>42</sup> Voor een discussie van de issues die spelen bij de discussie over voldoende reservecapaciteit zie: Joost Poort, Michiel de Nooij, Barbara Baarsma (SEO), M.J.J. Scheeper, M.J.N. van Werven, A.J. Seebregts (ECN), m.m.v. Carl Koopmans, Coen Teulings (SEO), P. Boonekamp (ECN), *Norm voor leveringszekerheid - Een minimumnorm voor waarborging van het evenwicht tussen elektriciteitsvraag en -aanbod op lange termijn*, SEO-rapportnr. 746, ECN Beleidsstudies / Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam, (2004), Onderzoek in opdracht van: Ministerie van Economische Zaken. Zie voetnoot 3 voor studies over de kosten van stroomuitval (betrouwbaarheid van de netten).

Box 2: Een essentiële faciliteit (een ‘bottle neck’) in de upstream markt



De minister pleit voor de meest vergaande vorm van splitsing die er is: Eigendomsunbundling. Doorgaans worden de onderstaande drie vormen van splitsen onderscheiden:

1. Administratieve unbundling (‘Chinese muren’): partijen houden een aparte boekhouding bij voor netbeheer en commerciële activiteiten op het gebied van levering en productie.
2. Juridische unbundling: het netbeheer en de commerciële activiteiten zijn in afzonderlijke juridische entiteiten ondergebracht.
3. Eigendomsunbundling: de aandelen (en dus ook de zeggenschap) van het netbeheer zijn in andere handen dan de aandelen van het bedrijf dat commerciële activiteiten verzorgt. In de tekst noemen we dit ook wel volledige splitsing.

In Nederland is op dit moment sprake van juridische unbundling (dit als gevolg van een Europese Richtlijn die overstappen op juridische unbundling voorschrijft<sup>43</sup>). Nederland wil nu een stapje verder gaan en overgaan tot eigendomsunbundling. Eigenlijk gaat de discussie dus niet over splitsen, maar over hoe vergaand dit moet gebeuren. Over de wenselijkheid van verregaande splitsing verschillen de meningen, zoals we in de volgende paragraaf beschrijven.

Bij vraag of het splitsingsvoorstel van EZ maatschappelijk gezien gewenst is, dienen twee vragen te worden beantwoord:

- b) Heeft het feit dat netbedrijven en leveringsbedrijven deel uit maken van dezelfde holding nadelig gevolgen voor de consument?
- c) Zo ja, hoe kunnen deze het beste worden aangepakt? Met meer effectieve gedragsregulering of met een drastische structuurmaatregel als volledige splitsing van de bedrijven?

<sup>43</sup> Richtlijn 2003/54/eg van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, Artikel 15 Scheiding van distributienetbeheerders, sub 1: “Wanneer de distributiesysteembeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf, moet hij, althans met betrekking tot zijn rechtsvorm, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk van andere, niet met distributie samenhangende activiteiten zijn. Deze regels houden geen verplichting in om de eigendom van de activa van het distributiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf.”

## BIJLAGE 2: De voor- en tegenstanders aan het woord

De minister van EZ heeft tot op heden weinig medestanders gevonden voor zijn splitsingsvoorstel. De voornaamste medestander is de energietoezichthouder DTe<sup>44</sup>. Energiehandelaren, verenigd in Voeg, zijn ook positief.<sup>45</sup> Daarnaast zijn positieve geluiden te horen van onderzoekers bij Andersson Elffers Felix<sup>46</sup> (AEF), SEOR/Ecri<sup>47</sup> en het Centraal Planbureau<sup>48</sup>. Ten slotte is er ook steun uit wetenschappelijke hoek (Newberry<sup>49</sup>).

De tegenstanders zijn talrijker. Binnen de politiek heeft het CDA zich tegen het voorstel gekeerd.<sup>50</sup> De sector (energiebedrijven<sup>51</sup>, EnergieNed<sup>52</sup>), de Algemene Energieraad<sup>53</sup> en de huidige aandeelhouders (gemeenten en provincies<sup>54</sup>) zijn eveneens tegen. Niet alleen de werkgevers, maar ook de bonden zijn tegen. Ten slotte, zijn ook uit de wetenschappelijke hoek (Van Damme en Kanning<sup>55</sup>, Pollitt<sup>56</sup>) en de advocatuur (Schaap en Jitta<sup>57</sup>) kritische kanttekeningen te horen. Wij voegen ons bij dit laatste gezelschap. Met dit essay dragen wij economische en juridische argumenten aan, die een plaats verdienen in een integrale en evenwichtige afweging van de vraag of splitsing wel of niet gewenst is.

Hieronder zetten we enkele gezichtspunten op een rijtje om de lezer een idee te geven van het kader waarin de huidige discussie zich afspeelt. We beginnen met de voorstanders van het splitsingsvoorstel van minister Brinkhorst.

### De voorstanders

DTe (2004)<sup>58</sup> heeft een advies aan het ministerie van Economische zaken uitgebracht waaruit blijkt dat de energietoezichthouder voorstander is van splitsing. Kort samengevat is het standpunt als volgt opgebouwd. Er zijn mogelijk prikkels voor het netbedrijf om het leveringsbedrijf dat tot de eigen

---

<sup>44</sup> Zie: DTe (2004), Advies onafhankelijk netbeheer, Brief aan de minister van Economische Zaken, 15 april.  
<sup>45</sup> *Energieia* (31 maart 2004), bericht: Voeg, de belangenvereniging van ondernemingen die actief zijn in de Nederlandse handel in energie....  
<sup>46</sup> Maarten Veraart (2003), *De positie van reguliere energienetwerken: publieke belangen en het eigendom*, (met name hoofdstuk 5). [http://www.aef.nl/media/pdf/Paper%20netwerken\\_versie3\\_d.pdf](http://www.aef.nl/media/pdf/Paper%20netwerken_versie3_d.pdf); M. Veraart (19 maart 2004), Elektriciteitsnetwerken afsplitsen, in: *ESB*, pp. 138-139.  
<sup>47</sup> E. Dijkgraaf (2004), *Splitsen of niet? – in opdracht van Provincie Gelderland*, SEOR/Ecri, Rotterdam. <http://www.seor.nl/ecri/pdf/Visie%20toekomst%20elektriciteit%20NUON%2019%20april%202004%20web.pdf>  
<sup>48</sup> CPB onderzoekers publiceerden in NRC, ESB en EnergieNederland. M. Leijssen en S. Onderstal (10 maart 2004), Ontkoppel netwerk en levering, in: *NRC*; M. Mulder en M. Leijssen (30 april 2004), Overheidsmaatregelen voor voorzieningszekerheid van inefficiënt, in: *ESB*, pp. 194-197; Machiel Mulder, interview in: *EnergieNederland*, pp.1-2.  
<sup>49</sup> zie bijvoorbeeld in *EnergieNederland*, 5(13), 15 oktober 2002, 'Vrije energiemarkt kent voordelen maar ook risico's', p. 11.  
<sup>50</sup> *Financieele Dagblad*, 19 oktober 2004, CDA tegen verkoop deel van het netwerk energiebedrijven.  
<sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld: *Financieele Dagblad*, 26 oktober 2004, Brandbrief van energiebedrijven.  
<sup>52</sup> EnergieNed (11 oktober 2004) EnergieNed-reactie op aanpak Brinkhorst splitsing Energiebedrijven: Gronden voor splitsing blijven onduidelijk. Persbericht, Arnhem.  
<sup>53</sup> AER (2004), *Behoedzaam Stroomopwaarts*, Den Haag.  
<sup>54</sup> Zie bijvoorbeeld: Besluitenlijst van de vergadering van Provinciale Staten Limburg, d.d. 1 oktober 2004. [www.limburg.nl/nl/html/socrates%5CPSINFO%5CBesluitenlijsten%20PS%5C2004/041001-0058.doc](http://www.limburg.nl/nl/html/socrates%5CPSINFO%5CBesluitenlijsten%20PS%5C2004/041001-0058.doc)  
<sup>55</sup> Eric van Damme en Arnald Kanning (2004), *Opsplitsing van regionale energiebedrijven: Onderzoek voor de Provincie Noord Brabant*, Tilec/Universiteit van Tilburg, Voorlopige versie. <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/opsplitsing.pdf>  
<sup>56</sup> Michael Pollitt (2 april 2004) Netpolitiek, Economisch Statistische Berichten, p.14.  
<sup>57</sup> in: *Financieele Dagblad*, 28 oktober 2004, Brinkhorst, bekijk nog eens goed de noodzaak splitsing energiesector.  
<sup>58</sup> DTe (2004), Advies onafhankelijk netbeheer, Brief aan de minister van Economische Zaken, 15 april.

holding behoort te bevoordelen. DTe heeft weliswaar voldoende instrumenten om dit te straffen, maar het ontdekken ervan is (door de verwevenheid van het netbedrijf met de rest van de holding) lastig. Splitsing vermindert de prikkels tot het bevoordelen van de eigen leverancier (tot nul) en maakt ontdekking eenvoudiger. De vragen van de minister aan DTe lijken ons echter wat gekleurd.<sup>59</sup> In de vragen wordt met name gevraagd hoe splitsing kan leiden tot verbeteringen; er wordt niet gevraagd naar de nadelen van splitsing.<sup>60</sup> Desalniettemin geeft DTe aan dat volledige splitsing ook risico's met zich meebrengt als gevolg van een concentratie onder leveringsbedrijven (verminderde concurrentie op consumentenmarkt) en een afname van het aantal spelers dat kan investeren in productie (verminderde concurrentie in de productiesector).

Er zijn ook twee vragen over de toereikendheid van het huidige instrumentarium. Het is niet verbazingwekkend dat de regulator aangeeft dat de huidige wetgeving niet toereikend is – net als elke toezichthouder, streeft ook DTe naar meer beïnvloedingsmogelijkheden. DTe beaamt dat volledige splitsing haar eigen rol op de markt zal verkleinen.

Overigens is de telecom en post toezichthouder OPTA – in tegenstelling tot DTe – bij monde van de voorzitter van het college Jens Arnbak juist zeer kritisch over verticale splitsing van infrastructuur van levering.<sup>61</sup> Hij stelt dat verticale splitsing zeer omstreven en daarmee risicovol is. Hij pleit ervoor om van de huidige politieke discussie een economische discussie te maken, waarin aandacht is voor de welvaartseffecten van splitsing en de mogelijkheid om deze effecten ex-ante te kwantificeren.

Een tweede voorstander is Voeg, de belangenvereniging van ondernemingen die actief zijn in de Nederlandse handel in energie. Voeg stelt dat de energiebedrijven in het verleden te veel oneigenlijk gebruik hebben gemaakt van hun netbezit: “Er moet een einde komen aan de concurrentieverstorende kruissubsidies tussen transportnetten en energieleveringen. De voordelen van het bezit van een transportnet horen toe te komen aan diegenen die voor het transport betalen; dat zijn alle aangeslotenen en niet slechts die klanten aan wie de commerciële energieleverancier dat gunt.”

Maarten Veraart van AEF stelt dat splitsing van het eigendom noodzakelijk is om publieke belangen goed te kunnen borgen (het beschermen van de consument). Hij geeft drie redenen. Ten eerste past splitsen bij het beschermen van nieuwkomers op de elektriciteitsmarkt tegen misbruik van monopolieacht. Juridische splitsing voldoet in zijn ogen niet vanwege de onheldere zeggenschapstructuur en complexiteiten in de contractvorming: “Alleen als men een beleid van ‘ontwikkelen van incumbents tot nationale kampioenen’ in de Europese markt voorstaat zijn holdingconstructies te verklaren.” (p. 25). Ten tweede voorkomt totale splitsing kruissubsidiëring, waarbij commerciële diensten te laag en transport-diensten te hoog worden geprijsd. Het derde argument dat AEF noemt voor volledige splitsing is dat het net niet langer kan worden gebruikt als onderpand bij het verkrijgen van goedkope leningen. Deze leencapaciteit kan door de geïntegreerde bedrijven ook worden gebruikt voor overnames en investeringen in de niet-gereguleerde markten en genereert daarmee in de woorden van AEF oneerlijke concurrentie.

Ook onderzoeker Dijkgraaf van SEOR/Ecri lijkt in het voordeel van splitsing te pleiten, al zegt hij dat niet expliciet. Dijkgraaf ziet de volgende effecten van splitsing.<sup>62</sup> Splitsing leidt tot betere informatie voor de regulator. De eisen die deze daardoor aan het netbeheer stelt, zijn stringenter. Hierdoor daalt de prijs die de consument voor het netwerk betaalt. Een tweede effect betreft de dalende prijs op de productie en leveringsmarkt (die Dijkgraaf op een hoop gooit) doordat de concurrentie sterker wordt. Splitsing bevordert dat alle aanbieders onder gelijke voorwaarden toegang krijgen tot het netwerk. Toetreding van (buitenlandse) bedrijven wordt hierdoor beter mogelijk. Hierdoor neemt de (potentiële)

<sup>59</sup> Zie: DTe (2004), Advies onafhankelijk netbeheer, Brief aan de minister van Economische Zaken, 15 april.

<sup>60</sup> Een voorbeeld is vraag 3: “In hoeverre kan een volledige splitsing van commerciële en monopolieactiviteiten de onafhankelijkheid van het netbeheer verder verbeteren?”

<sup>61</sup> Speech van de voorzitter van het college, prof. Jens Arnbak gehouden op 13 mei 2004. <http://www.opta.nl/download/WBS13mei2004.pdf>

<sup>62</sup> Dijkgraaf, E. (2004), *Splitsen of niet?*, SEOR-ECRI, 19 april. In opdracht van de provincie Gelderland.

concurrentie toe. Een onzekere factor hierbij is wel, zo waarschuwt Dijkgraaf, de ontwikkeling van de concentratie op de markt. Door splitsing kunnen Nederlandse bedrijven vermoedelijk makkelijker overgenomen worden (de omvang per bedrijf kleiner en dus de prijs lager, en de koper is niet langer verplicht eveneens het netwerk te kopen). Of overnames problematisch zijn hangt niet van het splitsingsdebat af, maar met name van het privatiseringsdebat. Vooralsnog zijn de elektriciteitsbedrijven publiek eigendom, waarmee voorkomen kan worden dat Nederlandse bedrijven fuseren of worden overgenomen.

Ten derde verwacht Dijkgraaf geen of een licht positief effect van splitsen op kwaliteit. De informatiestromen tussen netwerk, productie en levering veranderen niet. Deze moeten in een geliberaliseerde markt al goed geregeld zijn. Mogelijk concurreren de investeringen in het netwerk niet meer met de investeringen in de productie, waardoor er meer in het netwerk geïnvesteerd wordt en de kwaliteit toeneemt (dit voordeel wordt ook door de minister genoemd in zijn brief van 31 maart 2004). De aanwezigheid van voldoende productiecapaciteit wordt niet gewaardeerd door splitsing. Publiek eigendom (de privatiseringsdiscussie) zou hiervoor gebruikt kunnen worden. Maar Dijkgraaf heeft weinig vertrouwen in de kwaliteit van overheidsbeslissingen over investeringen.

Een vierde effect betreft de waarde van het bedrijf, die zal afhangen van de winst (dus de kosten en de opbrengsten). De opbrengsten van het netbedrijf veranderen niet, omdat deze gereguleerd worden (maar: een van de voordelen van splitsing was de betere informatie en daardoor controle door de regulator). De opbrengsten van het gehele bedrijf veranderen niet bij splitsing als er in de situatie voor splitsing geen kruissubsidiëring werd toegepast. Als er voor splitsing wel kruissubsidiëring van het netwerkdeel naar productie of levering plaatsvond dan verhoogt of verlaagt splitsing de kosten. Het verlaagt de kosten als het rendement van levering of productie lager is dan het rendement van het netwerkcentrum. Kruissubsidiëring is dan slecht voor de waarde (voor ons is onduidelijk waarom aandeelhouders dit nu dan zouden toestaan). De kosten van het bedrijf veranderen niet of dalen, aldus het SEOR/Ecri rapport. De splitsingskosten worden gecompenseerd doordat bedrijfsprocessen beter te optimaliseren zijn en synergieënaden wegvallen. Per saldo stijgt de waarde van de verwachte winst en dus de waarde van het bedrijf. Tevens, zo concludeert Dijkgraaf, wordt overname aantrekkelijker voor meer partijen, waardoor de aandeelhouders waarschijnlijk meer geld krijgen voor hun aandelen.

Het CPB is voor verregaande splitsing, omdat het bureau denkt dat anders marktwerking niet tot stand komt. Medewerkers van het CPB zien wel het risico van overnames door buitenlandse bedrijven. Ze verwachten dat gesplitste Nederlandse bedrijven (na privatisering) makkelijker overgenomen worden dan niet-gesplitste bedrijven. Zij vinden dit echter geen probleem, omdat we al heel veel producten afnemen van buitenlandse bedrijven (bijv. veel mobiele telefoniebedrijven zijn buitenlands).<sup>63</sup> In *EnergieNederland* "relatieveert" Machiel Mulder deze en elders gedane uitspraken voor volledige splitsing met de opmerking dat ze niet "in hoge mate op empirisch onderzoek zijn gebaseerd".<sup>64</sup>

David Newberry is een Britse grootheid op het gebied van markttoezicht en de energiesector. Hij is voor splitsing, omdat hij veel baten voor de marktwerking verwacht.<sup>65</sup> Newberry is onder meer voorzitter van de Market Surveillance Comitee (MSC) van de NMa. Hij stelt dat:

".. er is echter wel een goede reden om productie en leveringsfranchise te scheiden. Als een leveringsmaatschappij in een monopolistische markt opereert en ook de productie bezit, dan zou het in de verleiding kunnen komen contracten te sluiten die nogal royaal zijn voor de productiekant en winsten over te hevelen van de gereguleerde naar de ongereguleerde sector. De toezichthouder op de markt kan die verleiding wel temperen, maar niet helemaal wegnemen. Eén mogelijk model is om de distributiemaatschappijen te verplichten zich te

<sup>63</sup> Mark Leijssen en Sander Onderstal (2004), Ontkoppel netwerk en levering, in: *NRC Handelsblad*, 10 maart

<sup>64</sup> 'CPB relativeert advies over splitsing' (15 juni 2004), in: *EnergieNederland*, p.2.

<sup>65</sup> zie bijvoorbeeld in *EnergieNederland*, 5(13), 15 oktober 2002, 'Vrije energiemarkt kent voordelen maar ook risico's', p. 11.

ontdoen van al hun productieactiva. [...] Eén model van herstructurering is om leveringsmaatschappijen te verplichten hun distributieactiviteiten af te storen, in ruil voor verticale integratie tussen levering en productie.”

Aan dit laatste model wordt in het Verenigd Koninkrijk de voorkeur gegeven.



## De tegenstanders

Nadat de voorstanders aan het woord zijn geweest, geven we nu de gezichtspunten van de tegenstanders: het CDA, de sector, de Algemene Energieraad, de huidige aandeelhouders, de vakbonden, de wetenschappers Van Damme en Kanning en Pollit en advocaten.

Het CDA Tweede Kamerlid Hessels geeft in *EnergieNederland*<sup>66</sup> aan geen voorstander te zijn van splitsing en gedeeltelijke verkoop zoals de minister van Economische Zaken in oktober 2004 voorstelde. Splitsing is zo'n vergaand instrument dat alleen als uiterste optie gebruikt moet worden, als alle andere mogelijkheden zijn uitgeput. Hessels geeft aan dat vooralsnog een goede onderbouwing nodig is waarom splitsing nodig is. Samen met de TU Delft schreef het wetenschappelijk bureau van het CDA een rapport.<sup>67</sup> Daarin wordt gepleit voor alternatieven van volledige splitsing, namelijk goed (strikt) markttoezicht door DTe.

Volgens Nuon, Essent, Delta en Eneco, onderschat de minister van Economische zaken de kosten van splitsing, en speelt hij er de buitenlandse concurrentie mee in de kaart.<sup>68</sup> De netbedrijven zijn geen voorstander van splitsing vanwege de kosten die dit met zich meebrengt. Essent schat de kosten van splitsing op 100 miljoen euro in het eerste jaar en 75 miljoen euro in de jaren daarna voor het inrichten van twee afzonderlijke bedrijven en het hogere rentepercentage dat ze moeten gaan betalen. Daarnaast verwacht Essent dat het afkopen en veranderen van de 'cross border leases' 500 miljoen euro op jaarbasis kost. Dit komt overeen met 70 euro per jaar op een gemiddelde energierekening. Omdat leveringsbedrijven per huishouden slechts 75 euro verdienen, is die 70 euro extra kosten niet op te brengen.<sup>69</sup> Nuon geeft bij monde van Ludo van Halderen in het blad *EnergieNederland* aan dat volledige splitsing het bedrijf jaarlijks 60 tot 80 miljoen euro zal kosten als gevolg van het wegvallen van onder meer synergievoordelen.

In het *Financieele Dagblad* verzetten de bedrijven zich ook fel tegen de voorgenomen splitsing, omdat ze bang zijn dat hun internationale concurrentiepositie erdoor wordt verzwakt. In andere landen hoeven de bedrijven niet volledig te splitsen. De netwerken worden ingezet als onderpand voor goedkope leningen en genereren het grootste deel van de omzet van de huidige leveringsbedrijven.<sup>70</sup> De bedrijven geven aan dat ze geen level playing field krijgen ten opzichte van het internationale bedrijfsleven.

*EnergieNed*<sup>71</sup> is van mening dat marktwerking en het op peil houden van de netwerken gegarandeerd moet worden door de huidige regelgeving en het bestaande onafhankelijke toezicht. De huidige wetgeving voorziet al in vergaande maatregelen bij wanbeheer. Zo kunnen boetes tot 10 procent van de jaaromzet worden opgelegd en kunnen de netten bij wanbeheer zelfs worden ontnomen. Tevens constateert *EnergieNed* inconsistentie in het beleid, omdat het beleid verder gaat dan de EU richtlijn en Nederland normaal gesproken niet verder gaat dan strikt noodzakelijk.

De Algemene Energieraad (AER) is uit bezorgdheid over de positie van de Nederlandse bedrijven tegen Eigendomsunbundling. De AER stelt dat door de afsplitsing de concurrentiekracht van de energiebedrijven wordt aangetast en dat ze daardoor kwetsbaarder worden voor overname. "De

<sup>66</sup> Noud Körper (19 oktober 2004) CDA is tegen splitsingsvoorstel; Hessels 'Dit gaat een paar stappen te ver', *EnergieNederland*.

<sup>67</sup> NRC (26 oktober 2004), CDA-rapport: Splitsen van energienet is niet nodig.

<sup>68</sup> *Het Financieele Dagblad* (26 oktober 2004), Brandbrief voor EZ van energiebedrijven.

<sup>69</sup> Uitspraken van Dhr. Broersma (voorzitter Raad van Bestuur) gedaan in de extra vergadering van de Statencommissie voor Economie, Onderwijs en Internationale Zaken (EOI) en Financiën en Algemene Zaken (FAZ) d.d. 7 september 2004 met betrekking tot de privatisering van Essent.

<sup>70</sup> *Financieele Dagblad* (9 oktober 2004), Deel Stroomnetten in private handen.

<sup>71</sup> *EnergieNed* (11 oktober 2004), *EnergieNed-reactie op aanpak Brinkhorst splitsing Energiebedrijven: Gronden voor splitsing blijven onduidelijk*. Persbericht, Arnhem.

buitenlandse concurrenten van de Nederlandse energiebedrijven bezitten namelijk in de meeste gevallen wel netten en worden door afsplitsing in Nederland in hun concurrentiekracht bevoordeeld qua cash-flow en balanspositie.” De inschatting van de AER is dat bij een gemiddeld geïntegreerd energiebedrijf (productie/netten/verkoop) 70-80% van de waarde van de activa betrekking heeft op de netten en slechts 20-30% op productie/verkoop. De netten genereren een stabiele kasstroom van gemiddeld ca. 60% van het totaal, in de ‘magere jaren’ loopt dit percentage op tot meer dan 90%. Volgens de AER spelen de netten dus een belangrijke rol bij het ‘overleven’ in magere jaren en vormen door hun hoge waarde een obstakel voor overnames.

De meeste aandeelhouders van de energiebedrijven, gemeentes en provincies, zijn tegen de splitsing. Ze zijn bang dat hun bezit minder waard wordt. Friesland (11 procentaandeelhouder van Nuon) is als een van de weinige (of zelfs als enige) aandeelhouders wel voor splitsing.<sup>72</sup> Het Friese standpunt lijkt ingegeven door de wens om de aandelen Nuon te kunnen verkopen.<sup>73</sup> In wezen geeft de provincie Friesland daarmee dus antwoord op een privatiseringsvraag en niet op de splitsingsvraag. De provincie Gelderland (44 procentaandeelhouder in Nuon) heeft zich uitgesproken tegen de splitsing, omdat ze waardeverlies, hogere elektriciteitsprijzen en verlies aan werkgelegenheid bij in de Europese context gemarginaliseerd bedrijven vreest.

De vakbonden CNV Publieke Zaken en Abva Kabo lieten onlangs weten tegen splitsing te zijn, omdat zij verwachten dat dit zal leiden tot werkgelegenheidsverlies. Zij baseren deze verwachting op het feit dat het gasbedrijf Intergas, dat onlangs aangaf vrijwillig tot splitsing over te gaan, na splitsing een derde van de werknemers zal moeten ontslaan. De bonden geven zelfs aan actie te zullen voeren op 22 november as.

Van Damme en Kanning lopen vier door minister Brinkhorst genoemde nadelen van een geïntegreerd energiebedrijf langs en concluderen dat sommige nadelen dan misschien wel valide zijn, maar dat niet vaststaat dat volledige splitsing dan het meest optimale instrument is om deze nadelen aan te pakken. Zo stellen Van Damme en Kanning dat een geïntegreerd bedrijf inderdaad een prikkel heeft om op het eigen netwerk het eigen leveranciersbedrijf te bevoordelen boven concurrerende leveranciers en dat er de mogelijkheid is dat het geïntegreerde bedrijf inkomsten uit het netwerkbedrijf gebruikt om de eigen leveranciersactiviteiten te bevoordelen (kruissubsidiëring). Maar, zo stellen zij, deze prikkels betekenen nog niet dat de geïntegreerde bedrijven in praktijk ook de mogelijkheid hebben om daar op een winstgevende wijze gebruik van te maken. Met betrekking tot het gevaar van kruissubsidiëring merken Van Damme en Kanning merken op dat dat niet alleen binnen geïntegreerde elektriciteitsbedrijven kan voorkomen: “Zo gaan er bijvoorbeeld geen stemmen op Koninklijke Olie (Shell) op te splitsen vanwege het mogelijke gevaar van kruissubsidiëring tussen de verschillende onderdelen van het concern” (p. 3). Een derde nadeel is het feit dat een geïntegreerd energiebedrijf de (stabiele) inkomstenstroom uit het netwerk zou kunnen gebruiken voor risicovolle marktactiviteiten, waardoor minder geld beschikbaar is zodat investeringen in de capaciteit en de kwaliteit van het net en de betrouwbaarheid van het net onder druk zouden kunnen komen te staan. Bij de drie genoemde nadelen geldt dat deze inderdaad bestaan, maar dat ze met de juiste gedragsregulering en toezicht op de naleving daarvan kunnen worden opgelost; volledige splitsing is daar niet voor nodig.

Een vierde door de minister genoemd nadeel van het instandhouden van geïntegreerde energiebedrijven wordt door de Tilec-auteurs onjuist genoemd. Brinkhorst stelt dat uit het bezit van het netwerk financieringsvoordelen voortvloeien, waardoor een leveringsbedrijf dat deel uitmaakt van een geïntegreerd energieconcern een concurrentievoordeel heeft ten opzichte van energiebedrijven zonder netwerken. Van Damme en Kanning geven verspreid door hun paper vier redenen waarom dit argument geen opgeld doet:

<sup>72</sup> *Financieele Dagblad* (9 oktober 2004) Deel Stroomnetten in private handen.

<sup>73</sup> Noud Körper (28 september 2004), Gelderland spreekt zich uit tegen de splitsing, *EnergieNederland*.

1. Levering is een weinig kapitaalsintensieve activiteit, zodat het effect weinig gewicht in de schaal legt (zie ook de hierboven genoemde cijfers van AER).
2. Andere (branchevreemde) bedrijven die over vergelijkbaar goedkoop kapitaal kunnen beschikken, kunnen in de toekomst ook op de leveringsmarkt actief worden.
3. Buitenlandse “incumbents”, die elders over netwerken beschikken, kunnen hier op de leveringsmarkt actief worden.
4. De financieringsvoordelen zullen samenwerking met andere partijen uitlokken, waardoor de kapitaalkostenvoet vanzelf stijgt. “Indien een bedrijf goedkoop geld kan aantrekken wordt het een aantrekkelijke partner voor andere partijen die met hogere financieringskosten geconfronteerd worden. Concurrentie tussen deze bedrijven om toegang tot het goedkope geld te krijgen, zal het gevolg zijn. In een goed wekende kapitaalmarkt zal met mogelijke samenwerkingsverbanden tussen het geïntegreerde energiebedrijf en meer risicovolle bedrijven rekening gehouden worden en dit zal in de kostenvoet voor kapitaal tot uiting komen. Naarmate het geïntegreerde bedrijf meer in risicovolle projecten investeert zal ook de kapitaalkostenvoet toenemen.”

De Britse energieeconoom Michael Pollitt is van mening dat splitsing en restrictieve eisen aan eigendom van netten samen met concurrentie in de levering een radicaal beleidsexperiment zijn, dat wereldwijd geen precedent kent. Hij verwacht er geen baten voor de consument van. Volgens hem zou er beleidsmatig veel meer werk gemaakt moeten worden van privatiseren. Daar verwacht hij, gebaseerd op de ervaring in het VK juist wel baten van.<sup>74</sup> Pollitt is tegenstander van een besluitvorming over splitsing op basis van politieke argumenten. Volgens hem dient dit te gebeuren op basis van de effecten voor de markt.<sup>75</sup> Hij ziet dit als het opstellen van een maatschappelijke kosten-batenanalyses. Hierbij worden alle kosten en baten voor de gehele Nederlandse samenleving zo systematisch mogelijk opgeteld. Bij een positief saldo (dat is als de baten groter zijn dan de kosten) is splitsen aantrekkelijk.

De advocaten Schaap en Jitta wijzen op de plosteling en niet-gemotiveerde omslag in het EZ-beleid die de minister met zijn brief van 11 oktober lijkt te zijn ingeslagen. Daar waar privatisering twee jaar geleden nog verboden is, wordt de deur nu opengezet doordat de aandeelhouders een minderheidsbelang zullen mogen verkopen aan private partijen. Onduidelijk is volgens de juristen waarom een minderheidsbelang wel toelaatbaar zou zijn en meerderheidsbelang niet. Zij waarschuwen voor overhaaste beslissingen.

---

<sup>74</sup> Michael Pollitt (2 april 2004), Netpolitiek, in: *ESB*, p.14.

<sup>75</sup> Geert Jan de Roy (19 oktober 2004), ‘Splitsingvoorstellen wraakactie van de Nederlandse overheid’, in: *EnergieNederland*.

### **BIJLAGE 3: De belangrijkste reeds aanwezige voorzieningen terzake van borging van het publiek belang in de Elektriciteitswet na de I&I wet**

Deze Bijlage geeft de taken van de netbeheerders onder de Interventie & Implementatiewet weer. Het memo is opgebouwd uit drie delen, te weten (i) bestuur- en toezichtsbepalingen, (ii) waarborgen publieke belangen en (iii) toezicht en handhaving.

#### Algemene bepalingen

Artikel 11 lid 1 Elektriciteitswet 1998 (hierna “Elektriciteitswet”) en 3 Gaswet  
Een producent, leverancier of handelaar wordt niet aangewezen als netbeheerder.

Artikel 11 lid 2 Elektriciteitswet en 3 lid 2 Gaswet

De statuten van de netbeheerders, niet zijnde de landelijk netbeheerder, bevatten in ieder geval:

(a) instelling van een RvC;

(b) de bepaling dat de leden van het bestuur en de meerderheid van de leden van de RvC direct noch indirect enige binding hebben met een rechtspersoon die de productie, aankoop of levering van gas verricht;

(c) de bepaling dat aan de goedkeuring van de RvC tenminste zijn onderworpen de besluiten van het bestuur van de rechtspersoon bedoeld in artikel 2:164(1) BW of 2:274(1) BW; en

(d) de bepaling dat de aandeelhouders van de netbeheerder zich onthouden van iedere bemoeiing met de uitvoering van de wettelijke taken die op grond van artikelen 10 en 42 aan de netbeheerder zijn opgedragen.

Artikel 40 Elektriciteitswet en 12f Gaswet

De directeur DTe stelt de tarieven voor de diensten ter uitvoering van de taken genoemd in artikel 16 lid 1 overeenkomstig artikelen 41 t/m 41d Elektriciteitswet vast. De directeur DTe stelt de tariefstructuren en de voorwaarden vast met inachtneming van de bepalingen van artikel 12f Gaswet.

#### Economische eigendom en beheersrelatie

Artikel 10a lid 1 Elektriciteitswet

De economische eigendom van het net is in handen van de netbeheerder.

Artikel 10a lid 3 Elektriciteitswet

De overdracht van een net geschiedt tegen verrichting van een tegenprestatie waarvan de waarde ten hoogste de opbrengst vertegenwoordigt van de exploitatie van het net, zoals deze op basis van algemene bedrijfseconomische uitgangspunten kan worden afgeleid van de door de directeur van de DTe in de daaraan voorafgaande periode van vijf jaar vastgestelde tarieven met betrekking tot het netbeheer.

Deze tegenprestatie kan zowel bestaan uit een periodieke uitkering als uit een contant bedrag ineens.

### **1. Bestuur en toezicht**

Artikel 11a lid 7 Elektriciteitswet

De AvA van de netbeheerder heeft het recht bestuurders te benoemen en te ontslaan.

De Minister heeft geen formeel instemmingsrecht met betrekking tot het voornemen tot benoeming van een lid van de RvC bij regionale netbeheerders.

#### Uitvoering taken

Artikel 16 lid 1 Elektriciteitswet

De netbeheerder heeft in het kader van het beheer van de netten in het voor hem krachtens artikel 36 vastgestelde gebied tot taak:

de door hem beheerde netten in werking te hebben en te onderhouden;  
de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten op de meest doelmatige wijze te waarborgen;  
de netten aan te leggen, te herstellen, te vernieuwen of uit te breiden, waarbij in overweging worden genomen maatregelen op het gebied van duurzame elektriciteit, energiebesparing en vraagsturing of decentrale elektriciteitsproductie waardoor de noodzaak van vervanging of vergroting van de productiecapaciteit ondervangen kan worden;  
voldoende reservecapaciteit voor het transport van elektriciteit aan te houden;  
op de grondslag van artikel 23 derden te voorzien van een aansluiting op de netten en hun desgevraagd een meter ter beschikking te stellen;  
op de grondslag van artikel 24 ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren;  
het bevorderen van de veiligheid bij het gebruik van toestellen en installaties die elektriciteit verbruiken;  
op verzoek van een producent vast te stellen of diens productie-installatie geschikt is voor de opwekking van duurzame elektriciteit dan wel of sprake is van een installatie voor warmtekrachtkoppeling met een bij ministeriële regeling vast te stellen mate van reductie van de uitstoot van kooldioxide, alsmede of de meetinrichting geschikt is voor de meting van de elektriciteit die met de productie-installatie wordt opgewekt en op een net of een installatie ingevoerd;  
de hoeveelheid elektriciteit te meten die afkomstig is van een productie-installatie voor duurzame elektriciteit of klimaatneutrale elektriciteit of van een installatie voor warmtekrachtkoppeling;  
koppelingen met andere netten te realiseren en reparaties aan zijn net uit te voeren;  
onverminderd de artikelen 19 en 79, op een geschikte wijze gegevens te publiceren over koppelingen tussen de netten, gebruik van de netten en de toewijzing van transportcapaciteit;  
afnemers alle gegevens te verstrekken die zij voor een efficiënte toegang tot het net nodig hebben;  
voorzieningen te treffen in geval van een faillissement van een leverancier van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid.

#### Artikel 16 lid 5 Elektriciteitswet

Onder behoud van de verantwoordelijkheid van de desbetreffende netbeheerder voor de volledige en juiste uitvoering van zijn taak, kunnen de werkzaamheden, omschreven als hierboven, onderdelen a en c worden verricht door iemand die niet als netbeheerder is aangewezen.

#### Artikel 19b lid 1 Elektriciteitswet

De netbeheerder, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, verstrekt binnen zes maanden na afloop van ieder kalenderjaar aan de directeur van de dienst:  
een overzicht van de door hem gesloten overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van diensten ten behoeve van het netbeheer, vergezeld van afschriften van die overeenkomsten voorzover de directeur van de dienst daarover niet reeds beschikt,  
een overzicht van het aantal personen dat bij de netbeheerder werkzaam is ter uitvoering van de in artikel 16, 16a en 16b genoemde taken,  
een overzicht van in het afgelopen jaar gerealiseerde investeringen in het net,  
een overzicht van de financiële middelen waarover hij beschikt ten behoeve van de uitvoering van zijn wettelijke taken, waaruit blijkt welke financiële middelen voor de afzonderlijke taken beschikbaar zijn, en  
een verklaring van een onafhankelijke deskundige omtrent het in onderdeel d bedoelde overzicht.

#### Vervanging netbeheerder

#### Artikel 14 lid 1 Elektriciteitswet

Met inachtneming van een redelijke termijn kan de aanwijzing als netbeheerder vervangen worden door een aanwijzing van een andere NV of BV als netbeheerder.



Voor afloop van de periode waarvoor de netbeheerder is aangewezen, wordt een NV of BV als netbeheerder aangewezen voor de daarop aansluitende periode. Deze vennootschap kan dezelfde zijn als de vennootschap die daarvoor als netbeheerder was aangewezen.

## **2. Waarborgen publieke belangen**

### Marktordening

#### Artikel 10 Elektriciteitswet en 2 Gaswet

Degene aan wie een ander net toebehoort dan het landelijk hoogspanningsnet, wijst voor het beheer van dat net een of meer NV of BV's als netbeheerder aan. Deze aanwijzing geldt voor een periode van 10 jaar.

#### Artikel 10a Elektriciteitswet en 3b Gaswet

De netbeheerder, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, beschikt over de economische eigendom van het door hem beheerde net.

#### Artikel 12 lid 2 Elektriciteitswet en 4 lid 2 Gaswet

De aanwijzing van de netbeheerder behoeft de instemming van Onze Minister. De minister onthoudt zijn instemming of kan voorschriften verbinden aan de instemming.

#### Artikelen 13 t/m 13a Elektriciteitswet en 5 t/m 5a Gaswet

Indien Onze Minister vaststelt dat niet meer voldaan wordt aan de artikelen 10a, 11, 11a of 11b of dat een netbeheerder in onvoldoende mate in staat is of zal zijn om aan een verplichting als bedoeld in artikel 7 te voldoen, om een taak als bedoeld in artikel 16, 16a of 16b uit te voeren of indien hij artikel 17, 17a of 18 niet naleeft, kan hij de desbetreffende netbeheerder opdragen door hem noodzakelijk geachte voorzieningen te treffen.

Indien de netbeheerder niet voldoet aan een opdracht als bedoeld in het tweede lid, indien hij vaststelt dat opdrachten, bedoeld in artikel 13a, eerste lid, niet worden uitgevoerd of indien naar het oordeel van Onze Minister door de bedrijfsvoering van deze netbeheerder de continuïteit of de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening voor afnemers in gevaar komt en onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, kan Onze Minister:

de aanwijzing van de desbetreffende netbeheerder vervallen verklaren en uiterlijk op de dag waarop die aanwijzing vervalt een andere naamloze of besloten vennootschap als netbeheerder aanwijzen, of een stille curator aanwijzen.

#### Artikelen 18 Elektriciteitswet en 3 t/m 10d Gaswet

1. Indien een met de netbeheerder in een groep verbonden groepsmaatschappij in de zin van artikel 2:24b BW activiteiten verricht die de netbeheerder op grond van artikel 17 of 17a niet zelf mag verrichten, mag de netbeheerder of een rechtspersoon waarin de netbeheerder een deelneming heeft als bedoeld in artikel 17 of 17a een dergelijke groepsmaatschappij niet bevoordelen boven anderen waarmee een dergelijke groepsmaatschappij in concurrentie treedt, of anderszins voordelen toekennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is.

2. Als bevoordelen van een groepsmaatschappij als bedoeld in het eerste lid of het toekennen van voordelen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is, worden in ieder geval aangemerkt:

het verstrekken van gegevens aan een groepsmaatschappij over afnemers, niet zijnde niet zijnde afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, die een verzoek als bedoeld in artikel 23 of 24 hebben gedaan;

het leveren van goederen of diensten aan een groepsmaatschappij tegen een vergoeding die lager is dan de redelijkerwijs daaraan toe te rekenen kosten, of



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.

3. De netbeheerder voegt bij zijn jaarrekening een verklaring waaruit blijkt dat de financiële verhouding tussen de netbeheerder en de groepsmaatschappijen, bedoeld in het eerste lid, voldoet aan de in het eerste lid gestelde eisen. De netbeheerder legt een exemplaar van zijn jaarrekening, de daartoe behorende toelichting en de daarbij gevoegde verklaring voor een ieder ter inzage in al zijn kantoren en zendt een exemplaar daarvan aan de directeur van de dienst.

Artikelen 23 t/m 24 Elektriciteitswet en 14 & 81b t/m 84 Gaswet

De netbeheerder is verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk. Een aansluiting wordt door de netbeheerder gerealiseerd binnen een redelijke termijn.

De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.

De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.

Artikel 24a Elektriciteitswet en 17a Gaswet

Indien een afnemer van leverancier wisselt, voert de netbeheerder die wisseling uit overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels. In de ministeriële regeling worden in ieder geval regels gesteld over de termijn waarbinnen de wisseling moet zijn uitgevoerd en over de bij een verzoek om wisseling te verstrekken gegevens.

Artikel 26a Elektriciteitswet en 11 lid 2 Gaswet

Een netbeheerder is wettelijk verplicht redelijke, objectieve en niet-discriminerende voorwaarden te gebruiken.

Artikel 26b t/m 42 Elektriciteitswet en 12 t/m 12i Gaswet

De directeur DTe brengt advies uit over de ministeriële regeling waarbij regels worden gesteld met betrekking tot de tariefstructuren en voorwaarden inzake transportdiensten.

Artikel 51 Elektriciteitswet en 19 Gaswet

Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uitoefent, dan wel aan zijn verplichtingen op grond van deze wet voldoet, kan een klacht bij de directeur DTe indienen.

Artikel 95m Elektriciteitswet en 52b Gaswet

Het is een netbeheerder wettelijk verboden oneerlijke en misleidende verkoopmethoden te hanteren voor het transport aan kleinverbruikers. De algemene voorwaarden bij een transportovereenkomst moeten transparant, eerlijk en vooraf bekend zijn. De voorwaarden worden in ieder geval voor het sluiten van de overeenkomst verstrekt en zijn gesteld in duidelijke en begrijpelijke taal.

### Leverings- en transportzekerheid

Artikel 4a Elektriciteitswet en 52a Gaswet

De minister verzamelt, analyseert en bewerkt systematisch inlichtingen en gegevens met betrekking tot de leverings- en voorzieningszekerheid.

Artikel 16 lid 1 sub d en j Elektriciteitswet en 10 lid 1 en 3 Gaswet

Netbeheerders moeten voldoende reservecapaciteit aanhouden respectievelijk hun netten onderhouden en ontwikkelen zodanig dat de betrouwbaarheid van het net is gewaarborgd. Daarnaast moeten netbeheerders koppelingen met andere netten realiseren en reparaties aan hun netten uitvoeren.

Artikel 16 lid 1 sub m Elektriciteitswet en 10 lid 3 Gaswet

Netbeheerders moeten voorzieningen treffen in het geval een faillissement van een leverancier van elektriciteit of gas aan kleinverbruikers.

Artikel 21 en 22 Elektriciteitswet en 8 en 9 Gaswet

Netbeheerders moeten beschikken over een doeltreffend systeem voor de beheersing van de kwaliteit van hun transportdienst en over voldoende capaciteit voor het transport om te voorzien in de totale behoefte aan elektriciteit en gas. De minister kan de netbeheerders opdragen daartoe voorzieningen te treffen en is bevoegd tot het toepassen van bestuursdwang ter handhaving van die opdracht.

Artikelen 95a t/m 95i Elektriciteitswet en 43 t/m 49 Gaswet

Invoering herzien vergunningstelsel voor levering aan kleinverbruikers.

### Kwaliteit en veiligheid

Artikel 13 Elektriciteitswet en 9 Gaswet

Indien Onze Minister vaststelt dat niet meer voldaan wordt aan de artikelen 10a, 11, 11a of 11b of dat een netbeheerder in onvoldoende mate in staat is of zal zijn om aan een verplichting als bedoeld in artikel 7 te voldoen, om een taak als bedoeld in artikel 16, 16a of 16b uit te voeren of indien hij artikel 17, 17a of 18 niet naleeft, kan hij de desbetreffende netbeheerder opdragen door hem noodzakelijk geachte voorzieningen te treffen.

Indien de netbeheerder niet voldoet aan een opdracht als bedoeld in het tweede lid, indien hij vaststelt dat opdrachten, bedoeld in artikel 13a, eerste lid, niet worden uitgevoerd of indien naar het oordeel van Onze Minister door de bedrijfsvoering van deze netbeheerder de continuïteit of de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening voor afnemers in gevaar komt en onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, kan Onze Minister:

de aanwijzing van de desbetreffende netbeheerder vervallen verklaren en uiterlijk op de dag waarop die aanwijzing vervalt een andere naamloze of besloten vennootschap als netbeheerder aanwijzen, of een stille curator aanwijzen.

Artikel 16 lid 1 sub b Elektriciteitswet en 10 Gaswet

Netbeheerders borgen de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten op de meest doelmatige wijze. Gastransportbedrijven onderhouden en ontwikkelen van de netten of installaties op een wijze die de veiligheid, doelmatigheid en betrouwbaarheid van dat gastransportnet of die installatie en van het transport van gas waarborgt en het milieu ontziet.

Artikel 19a Elektriciteitswet en 35a Gaswet

Netbeheerders houden een registratie bij van kwaliteitsindicatoren betreffende het transport van elektriciteit en rapporteren hierover aan de DTe.

Artikel 19e Elektriciteitswet en 35e Gaswet

Netbeheerders dragen er, al dan niet samen met andere netbeheerders, zorg voor dat onderbrekingen in het transport op een eenvoudige wijze kunnen worden gemeld en registreert de in de wet opgesomende gegevens over deze gemelde onderbrekingen.

Artikel 36 Elektriciteitswet

De directeur van de dienst stelt de tariefstructuren en voorwaarden vast met inachtneming van:

het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders als bedoeld in artikel 27, 31 of 32 en de resultaten van het overleg, bedoeld in artikel 33, eerste lid,  
het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening,  
het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt,  
het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van afnemers en  
het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders, en  
het belang van een objectieve, transparante en niet discriminatoire handhaving van de energiebalans op een wijze die de kosten weerspiegelt, en  
de in artikel 26b bedoelde regels.

Artikel 39 Elektriciteitswet en 83 Gaswet

Netbeheerders zenden de directeur van de dienst voor 1 maart van elk jaar een rapportage omtrent de naleving door hen van de kwaliteitscriteria.

Artikel 41 lid 1 e.v. Elektriciteitswet en 81 lid 1 Gaswet

Invoering kwaliteitsreguleringsysteem.

### **3. Toezicht en Handhaving**

Artikel 5 Elektriciteitswet en 59 Gaswet

De directeur van de dienst houdt bij de uitoefening van de hem op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet toegekende taken en bevoegdheden rekening met het belang van de bevordering van een elektriciteitsmarkt en een gasmarkt die niet-discriminatoire en transparant zijn en die gekenmerkt worden door daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking. Hij volgt nauwlettend in welke mate de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt aan de in de vorige volzin genoemde belangen voldoen en doet hiervan in een afzonderlijk hoofdstuk verslag in zijn jaarverslag aan de Minister.

Artikel 5 lid 7 en 77g t/m 77q Elektriciteitswet en 60a t/m 60b Gaswet

Met het toezicht op de naleving van de Elektriciteitswet en Gaswet De directeur van de dienst kan bindende aanwijzingen geven in verband met de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet en de Verordening.

Artikel 7 Elektriciteitswet en 34 t/m 35 Gaswet

De directeur van de dienst kan van een producent, een leverancier, een handelaar, een netbeheerder, een elektriciteits- of gasbeurs of een afnemer de gegevens en inlichtingen verlangen die hij nodig heeft voor uitvoering van de hem in deze wet en de Gaswet opgedragen taken. Degene aan wie een verzoek is gedaan om gegevens en inlichtingen te verstrekken, is verplicht binnen de door de directeur van de dienst gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Artikel 13 Elektriciteitswet en 5 Gaswet

Indien Onze Minister vaststelt dat niet meer voldaan wordt aan de artikelen 10a, 11, 11a of 11b of dat een netbeheerder in onvoldoende mate in staat is of zal zijn om aan een verplichting als bedoeld in artikel 7 te voldoen, om een taak als bedoeld in artikel 16, 16a of 16b uit te voeren of indien hij artikel 17, 17a of 18 niet naleeft, kan hij de desbetreffende netbeheerder opdragen door hem noodzakelijk geachte voorzieningen te treffen.

Indien de netbeheerder niet voldoet aan een opdracht als bedoeld in het tweede lid, indien hij vaststelt dat opdrachten, bedoeld in artikel 13a, eerste lid, niet worden uitgevoerd of indien naar het oordeel van Onze Minister door de bedrijfsvoering van deze netbeheerder de continuïteit of de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening voor afnemers in gevaar komt en onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, kan Onze Minister:

de aanwijzing van de desbetreffende netbeheerder vervallen verklaren en uiterlijk op de dag waarop die aanwijzing vervalt een andere naamloze of besloten vennootschap als netbeheerder aanwijzen, of

een stille curator aanwijzen.

Uiterlijk op de dag waarop een beschikking in werking treedt, draagt de netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, de economische eigendom van het net over aan de door Onze Minister aangewezen nieuwe netbeheerder. De overdracht van de economische eigendom geschiedt tegen verrichting van een tegenprestatie waarvan de waarde ten hoogste de opbrengst vertegenwoordigt van de exploitatie van het net, zoals deze op basis van algemene bedrijfseconomische uitgangspunten kan worden afgeleid van de door de directeur DTe in de daaraan voorafgaande periode van vijf jaar vastgestelde tarieven met betrekking tot het netbeheer. Deze tegenprestatie kan zowel bestaan uit een periodieke uitkering als uit een contant bedrag ineens.

#### Artikel 22 Elektriciteitswet en 9 Gaswet

Indien naar het oordeel van de directeur DTe blijkt dat een netbeheerder in onvoldoende mate of op een ondoelmatige wijze kan of zal kunnen voorzien in het door hem te bereiken niveau van de kwaliteit van zijn transportdienst of in de totale behoefte aan capaciteit voor het transport van elektriciteit over de door hem beheerde netten, meldt hij zulks na overleg met de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en de netbeheerder van het desbetreffende net aan Onze Minister. Nadat hij een melding heeft ontvangen, kan Onze Minister aan de desbetreffende netbeheerder opdragen voorzieningen te treffen teneinde zeker te stellen dat het transport van elektriciteit in voldoende mate of op een doelmatige wijze plaatsvindt met inachtneming van het bij of krachtens deze wet bepaalde. Onze Minister is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van bovengenoemde opdracht.

**BIJLAGE 4: Relevante overwegingen van het HvJ EG in de zaak van 4 juni 2002, C-503/99, Commissie tegen België.**

Daarin stelt het Hof:

*“45. Het vrije verkeer van kapitaal kan, als fundamenteel verdragsbeginsel, slechts worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om de in artikel [56], lid 1, van het Verdrag genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing is op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen<sup>76</sup>.*

*46. In casu valt niet te ontkennen dat het door de betrokken regeling nagestreefde doel, te weten het veilig stellen van de bevoorrading met energie in geval van crisis, een legitiem openbaar belang is. Het Hof heeft immers reeds als een van de redenen van openbare veiligheid die een belemmering van het vrij verkeer van goederen kunnen rechtvaardigen, erkend de doelstelling om te allen tijde een minimale bevoorrading met aardolieproducten te waarborgen.*

*47. Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat, omdat het een afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal betreft, de eisen van openbare orde en openbare veiligheid strikt moeten worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet zonder controle van de instellingen van de Gemeenschap eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald. Zo kan de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.*

*48. Derhalve moet worden nagegaan of de uit de betrokken regeling voortvloeiende beperkingen het mogelijk maken om in de betrokken lidstaat, in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging, een minimale bevoorrading met energie te waarborgen, en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is.*

*49. In de eerste plaats zij vastgesteld dat het betrokken stelsel een stelsel van verzet is. Dit stelsel gaat uit van het beginsel dat de autonome beslissing van de onderneming moet worden nageleefd, aangezien voor de controle die de toezichthoudende minister kan uitoefenen in elk bijzonder geval een initiatief van de regeringsinstanties is vereist. In dit verband is geen enkele voorafgaande goedkeuring vereist. Bovendien gelden voor de overheid strikte termijnen voor de uitoefening van dat recht van verzet.*

*50. Voorts is het stelsel beperkt tot bepaalde beslissingen betreffende de strategische activa van die vennootschappen, inzonderheid de energienetten, alsmede tot bijzondere daarmee samenhangende beheersbeslissingen waartegen van geval tot geval kan worden opgekomen.*

*51. Ten slotte kunnen de in de artikelen 3 en 4 van de koninklijke besluiten van 10 en 16 juni 1994 bepaalde tussenkomsten van de minister slechts plaatsvinden wanneer de doelstellingen van het energiebeleid gevaar lopen. Zoals de Belgische regering in haar memories en ter terechtzitting heeft verklaard, zonder dienaangaande door de Commissie te zijn weersproken, moeten de interventies bovendien formeel worden gemotiveerd en is voorzien in een doeltreffende rechterlijke controle.*

*52. De betrokken regeling biedt derhalve de mogelijkheid om op basis van objectieve criteria die door de rechterlijke instanties kunnen worden gecontroleerd, de daadwerkelijke beschikbaarheid te verzekeren van de leidingen die de grote infrastructuur voor het binnenlands vervoer van energieproducten uitmaken, alsmede van andere infrastructuur voor het binnenlands vervoer en de opslag van gas, met inbegrip van de aanlandings- en grensoverschrijdingspunten. Zij biedt de lidstaat aldus de mogelijkheid om tussen te komen teneinde in een bepaalde situatie de nakoming van de op NMP en Distrigas rustende openbardienstverplichtingen te verzekeren, met inachtneming van de vereisten van rechtszekerheid.”*

---

<sup>76</sup> zie ook 14 december 1995, Sanz de Lera e.a., C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punt 23, en arrest van 14 maart 2000, Église de scientologie, C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 18).