

SPLITSINGSWET NADER BEKEKEN
Den Haag, 5 oktober 2006

1. Doelstellingen, hoofdlijnen en verantwoording wetsvoorstel	1
2. Commentaar op hoofdlijnen	3
3. Nut, noodzaak, kosten en proportionaliteit	4
4. Strijdigheid met Europees recht	9
5. Enige aanvullende aspecten	10
6. Samenvatting van de conclusies	13

1. Doelstellingen, hoofdlijnen en verantwoording wetsvoorstel

1.1 Doelstellingen en hoofdlijnen

Strategische doelstelling van het energiebeleid is een betrouwbare en duurzame energievoorziening tegen zo laag mogelijke maatschappelijke kosten te realiseren. Het splitsingswetsvoorstel bestaat uit twee hoofdelementen die aan deze doelstelling moeten bijdragen:

- De verplichte eigendomssplitsing van de regionale geïntegreerde energiebedrijven in netbeheer enerzijds en productie, handel en levering anderzijds.
- De overdracht van het beheer van netten van 110 en 150 kV aan de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet.

1.2 Verantwoording splitsing

Volgens de Minister leidt het eerste tot een structureel onafhankelijk beheer van de distributienetten voor elektriciteit en gas waardoor eerlijker concurrentie tussen partijen over deze netten kan plaatsvinden. De splitsing is naar zijn mening de enige en beste verzekering om voor de producenten, leveranciers of handelaren alle mogelijkheden weg te nemen om zichzelf uit de opbrengsten van de netbeheerder te bevoordelen ten opzichte van hun concurrenten. In het recente verleden is gebleken dat netbeheerders die onderdeel uitmaken van een groep waarin ook producenten, leveranciers of handelaren zijn opgenomen, geneigd zijn deze bedrijven te bevoordelen. Deze prikkels ondermijnen de transparantie van de Nederlandse energiemarkt en het gelijke speelveld tussen marktpartijen.

De Minister stelt dat de kleinverbruikersmarkt hierdoor een nieuwe impuls zal krijgen doordat de keuzevrijheid van de afnemer meer betekenis krijgt. Dit heeft uiteindelijk een *economisch efficiëntere* energievoorziening in Nederland tot gevolg en dit zal ook de *leveringszekerheid* versterken.

De Minister voert als derde legitimatie aan dat het splitsingswetsvoorstel de huidige *publieke aandeelhouders de mogelijkheid biedt de aandelen in de energiebedrijven te verkopen*, zonder de aandelen in het netbeheer, dat als een publiek belang kan worden aangemerkt, op te geven.

1.3 Verantwoording overdracht 110-150 kV-netten

Ook het tweede hoofdelement van het wetsvoorstel leidt tot een vergroting van de *betrouwbaarheid* van de Nederlandse elektriciteitsvoorziening. De netten met een spanningsniveau van 110 en 150 kV hebben alle, evenals de netten van een hoger spanningsniveau die nu tot het landelijk hoogspanningsnet worden gerekend, een transportfunctie. Zij vormen de ruggengraat van de elektriciteitsvoorziening in Nederland. Door het beheer van deze netten in één hand te brengen kunnen investeringen beter op elkaar worden afgestemd en kan in geval van (dreigende) calamiteiten sneller en effectiever worden opgetreden. Hierdoor kunnen grote stroomstoringen beter worden voorkomen of sneller worden opgelost.

2. Commentaar op hoofdlijnen

2.1 Geen steekhoudend argument voor de noodzaak

De minister stelt dat splitsing noodzakelijk is om

- Verkoop van de commerciële delen van geïntegreerde bedrijven door publieke aandeelhouders mogelijk te maken
- Te voorkomen dat na 1 januari 2007 netwerken aan private partijen verkocht worden
- Aan te sluiten bij ontwikkelingen in het EU-beleid

Deze argumenten houden geen steek:

- De huidige wetgeving laat vrijwillige splitsing toe zodat de commerciële delen verkocht kunnen worden en het netwerk in publieke handen gehouden kan worden
- De huidige wetgeving omvat ook middelen om te voorkomen dat netwerken aan private partijen verkocht worden
- De ontwikkelingen in de EU zowel t.a.v. het beleid als van de praktijk nopen tot terughoudendheid

2.2 Geen kwantificatie van baten

De Minister heeft in de Memorie van Toelichting en de onderliggende onderzoeken nergens de doelstellingen vertaald naar te verwachten maatschappelijke baten (in kwantitatieve termen):

- De grootte van de impuls die de kleinverbruikersmarkt zal krijgen doordat de keuzevrijheid van de afnemer meer betekenis krijgt
- Het te verwachten effect op de tarieven voor netbeheer enerzijds en leveringsprijzen anderzijds ten gevolge van de splitsing
- De mate waarin de eigendomssplitsing de leveringszekerheid in Nederland zal versterken, bijvoorbeeld in termen van storingsminuten, dit in de wetenschap dat de Nederlandse elektriciteitsnetten met een storingsduur van 27 minuten per klant/jaar tot de beste van Europa behoren.

2.3 Geen onderzoek alternatieven

Voor het realiseren van de afzonderlijke doelen zijn verschillende instrumenten inzetbaar. De hier voorgestelde wetgeving is volgens de Minister echter de enige manier om gelijktijdig alle doelen te realiseren. Alternatieven zijn niet onderzocht en vergeleken met het voorstel.

2.4 Geen waarheidsgetrouwe weergave van praktijkervaring Nieuw-Zeeland

Nieuw-Zeeland is het enige land waar een gedwongen eigendomssplitsing een aantal jaren geleden is ingevoerd. Inmiddels zijn daar de gevolgen van deze maatregel zichtbaar: de consumenten zijn geconfronteerd met ongewenste en onverwachte effecten. Dit is in tegenspraak met wat de minister beweerd heeft. Het betreft hier minder aanbieders van elektriciteit, geen toename in investeringen in productiecapaciteit, forse herstructureringskosten en prijsstijgingen. De voorgespiegelde kostenbesparingen deden zich niet voor. Op dit moment wordt het beleid herzien, o.a. door nota bene netwerkbedrijven weer de mogelijkheid te geven te investeren in productie, de eerste stap op weg naar wederom verticaal geïntegreerde bedrijven.

3. Nut, noodzaak, kosten en proportionaliteit

3.1 Kritiek RvS onvoldoende beantwoord

Het advies van de Raad van State was zeer kritisch. Hiermee had het Kabinet nader rekening moeten houden alvorens het splitsingswetsvoorstel bij de Tweede Kamer in te dienen. Deze kritiekpunten hadden betrekking op:

- Afweging van kosten en baten.
- Gevolgen in het bijzonder voor de energiebedrijven.
- Positie en de rol van de aandeelhouders.
- Het vervolgtraject (m.n. privatisering).
- De verenigbaarheid met het EG-recht.
- Aspect van financiële compensatie.

3.2 Alternatieven onvoldoende beschouwd

Nut, noodzaak, kosten en proportionaliteit van het voorstel zijn alle te beschouwen in relatie tot minder vergaande alternatieven.

De Minister stelt in de Memorie van Toelichting dat eigendomssplitsing de enige en beste waarborg is voor transparante prijsvorming o.a. verwijzend naar een advies van de DTe d.d. 15 april 2004. De Raad van State is niet overtuigd van deze noodzaak omdat het advies van de DTe is gebaseerd op de situatie voordat de laatste wetswijzigingen (I&I-wet) zijn aangenomen. De DTe wijst in dit advies op de I&I-wet en mogelijk nog aanvullende verscherping van bestaand instrumentarium.

- Er is een verbod op kruissubsidie. Het netbedrijf mag het eigen leveringsbedrijf niet bevoordelen (art 79 E-wet en 37 G-wet). Het netbedrijf is juridisch afgescheiden, heeft de zeggenschap over de eigen inkomsten en uitgaven. Leveringsbedrijven mogen zich niet met de gang van zaken binnen het netbedrijf bemoeien (art 11 E en 3 en 7 G-wet).
- Zelfs kan de toezichthouder in het uiterste geval het netwerkbedrijf ook dwingen om te investeren.
- Er is al een verbod op gegevensuitwisseling. Netbeheerders zijn verplicht om klantgegevens vertrouwelijk te behandelen.
- Er zijn enkele klachten over weerstand tegen nieuwkomers op het. Vertegenwoordigers van LTO, bijvoorbeeld, hebben tijdens het ronde tafel gesprek van 20 maart jl. in de Tweede Kamer aangegeven dat de netbeheerders hen op dit moment dwarsbomen in de ontwikkeling van decentrale opwekking zoals WKK. Onbekend is of dit terecht is. Er is onvoldoende inzicht komen over aantal en aard klachten hierover bij de toezichthouder? Ook ten aanzien van in hoeverre klachten zijn gehonoreerd en hoeveel niet ontbreekt het zicht. Aangegeven moet worden waar het wettelijk instrumentarium te kort schiet om in te grijpen door de toezichthouder. Garanties dat dit beter wordt na splitsing ontbreken.
- Het netwerk vertegenwoordigt een fors kapitaal. Bedrijven met netten kunnen daardoor goedkoper geld lenen dan bedrijven zonder netwerk, maar hier is geen sprake van een *oneigenlijk* concurrentievoordeel. Grotere bedrijven zijn nu eenmaal kapitaalkrachtiger dan kleinere. Daarbij hebben (bijna) alle buitenlandse bedrijven deze voordelen ook. Door deze specifieke vorm van synergie d.m.v. splitsing uit te bannen, onder het motto van het creëren van een gelijk speelveld, worden andere ongelijkheden gecreëerd. De onafhankelijke Nederlandse energiebedrijven zonder netwerken zijn inmiddels vrijwel allemaal overgenomen door buitenlandse bedrijven (met netwerken). De concurrentie zowel binnen als buiten Nederland vindt feitelijk plaats tussen bedrijven die netwerken in hun bezit hebben. Splitsing heeft tot gevolg dat alleen de Nederlandse bedrijven hun

netten kwijtraken. De relatief toch al kleine Nederlandse energiebedrijven worden daarmee gereduceerd tot onbeduidende spelers op de Europese markt. Als zij moeten opdraaien voor de kosten van de splitsing zal hun concurrentiepositie verder verslechteren. Door overname van de Nederlandse bedrijven zullen de nationale kampioenen als EDF, RWE, EON en Enel nog groter worden. Het wetsvoorstel discrimineert Nederlandse bedrijven en frustreert het ideaal van een open en eerlijk concurrerende Europese energiemarkt.

De Minister heeft volgens de Raad van State niet aannemelijk gemaakt, waarom de laatste wetwijziging van de Elektriciteits- en Gaswet (I&I-wet) niet afdoende zou zijn of welke de ervaringen in praktijk zijn met de I&I-wet om tot het huidige, volgende wetsvoorstel te komen. De Elektriciteits- en Gaswet wordt op dit moment in opdracht van de Minister geëvalueerd door de DTe. De DTe verwachtte oorspronkelijk medio 2006 de resultaten te kunnen rapporteren. De minister heeft het rapport voor September beloofd. Medio september heeft DTe bericht de conceptrapportage aan de minister voorgelegd te hebben. De eigendomssplitsing is een onomkeerbaar wetsvoorstel. Zowel het CPB als de Raad van State wijzen op de vele beleidsopties en -alternatieven tussen juridische splitsing van de energiebedrijven en een eigendomssplitsing. De Minister stelt dat aanvullende regelgeving en versterking van het toezicht verbetering kan brengen in de mogelijkheden niet-onafhankelijke gedragingen te voorkomen dan wel te constateren, maar dat zal nooit leiden tot de door de regering gewenste situatie. Extra regelgeving en toezicht zal wel leiden tot een verdere stijging van de nalevings- en handhavingsslachten.

3.3 Kosten en baten onvoldoende onderzocht

De Raad van State is van mening dat de Minister onvoldoende heeft onderzocht hoeveel kosten de voorgestelde splitsing zal meebrengen. Daarom vraagt de Raad zich af of de regering een afweging van kosten en baten heeft kunnen maken. Op basis van de beschikbare informatie mist het splitsingswetsvoorstel naar de mening van de Raad een toereikende financiële verantwoording. Dit geldt in het bijzonder voor de beoordeling van de gevolgen voor energiebedrijven met betrekking tot CBL-verplichtingen. Ook de onderzoeken die de Minister na die tijd nog heeft laten uitvoeren (m.n. CBL-risico's) hebben niet geleid tot een beter inzicht in de maatschappelijke kosten en baten van splitsing.

De berekeningen van de jaarlijks terugkerende kosten variëren van 100 mln. (CPB) via 285-400 mln. (Roland Berger) tot 350-460 mln. (Deloitte). Daarnaast zijn er nog eenmalige kosten in de orde van 100 mln. Voor de goede orde moet gezegd worden dat het merendeel van deze kosten niet veroorzaakt worden door de splitsing op zich maar door het creëren van de zogenaamde "vette netbeheerder", wat overigens wel een onderdeel is van dit wetsvoorstel.

De Memorie van Toelichting blijft wat betreft de baten steken in adjectieven als "totale" onafhankelijkheid, "optimalisering" van toezicht en "versterking" van marktwerking etc. Wat het wetsvoorstel concreet daaraan bijdraagt blijft ongewis.

Als toezicht houden makkelijker wordt na splitsing, zou dit betekenen dat de formatie van de DTe terug kan lopen. Plannen in die richting zijn echter niet bekend.

Signalen van de toezichthouder zelf zijn dat het toezicht met name in financiële zin ingewikkelder gaat worden met het aannemen van dit wetsvoorstel. (Presentatie van de Directeur NMa/DTe, Peter Plug t.b.v. "Top Management Briefing Energie", Krasnapolsky Amsterdam.

De Commissie Validatie “Splitsing Energiebedrijven”, onder voorzitterschap van Kist (kosten en baten, werkgelegenheidseffecten en eventuele kosten in verband met de Cross Border Leases) biedt geen aanvullende inzichten en zekerheden.

De Commissie stelt nadrukkelijk dat zij geen Europeesrechtelijke toets heeft uitgevoerd, geen oordeel geeft over de effectiviteit van het splitsingswetsvoorstel en zich geen eigen oordeel heeft gevormd over de (on)wenselijkheid van splitsing vanuit maatschappelijk oogpunt. Tevens dient het rapport in zijn algemeenheid met de nodige voorzichtigheid te worden gelezen, aldus de Commissie.

De kwaliteit van het rapport van de Commissie Kist is om een aantal redenen twijfelachtig:

- De financiële onderbouwing van het rapport is bijzonder mager. Het is vooral kwalitatief, terwijl het gaat om grote financiële risico's.
- De opbrengsten van privatisering zijn door de Commissie als baten van splitsing opgevoerd (terwijl de Minister stelt dat het splitsingswetsvoorstel niet over privatisering gaat); dit gaat volgens Kist heel veel geld opleveren. Dit terwijl een meerderheid van de aandeelhouders en de Tweede Kamer privatisering voorlopig niet ziet zitten.
- Opbrengsten van schaalvergroting worden in mindering op de splitsingskosten gebracht, maar schaalvergroting betekent ook minder marktpartijen en dus minder concurrentie en dus minder baten via deze weg. Dit effect wordt echter niet beschouwd.
- In het rapport worden veel baten aan splitsing toegekend die hiermee niets van doen hebben (overdracht netten vanaf 110 kV, invoering markt- en leveranciersmodel, etc).
- Decentrale Opwekking (wind, wkk, etc.) wordt in rapport opgevoerd als baten van circa 1 miljard euro (nettocontant over 15 jaar) in het optimistisch scenario. Volgens experts heeft dit geen verband met splitsing. Zonder deze baten zou de rekensom van Kist op nul uitkomen.
- In de berekeningen van de het CPB (die als bijlage aan het rapport zijn toegevoegd) worden de risico's van de CBL's als PM-post opgenomen. Ook De Commissie Kist heeft niet naar individuele contracten gekeken, terwijl de Tweede Kamer om meer inzicht in de CBL-risico's had gevraagd.

De Commissie Kist geeft aan dat splitsing een complexe en veelomvattende operatie is. Pas over 3 tot 6 jaar zal het break-even-punt zijn bereikt. De Commissie Kist deed daarom de aanbevelingen om:

- Een langere invoeringstermijn aan te houden dan de voorgestelde 2 jaar.
- Effectieve regelgeving en toezicht in te voeren om afwenteling van (eenmalige) splitsingskosten op de consument te voorkomen (de Tweede Kamer heeft een amendement aangenomen waarmee dit ook geldt voor de structurele kosten).

3.4 Kosten ten laste aandeelhouders komen indirect bij consument

De Minister heeft e.e.a. in zijn Nota van Wijziging overgenomen. In het splitsingswetsvoorstel, zoals dat nu in de Eerste Kamer ligt, zullen de bedrijven en aandeelhouders (en gezien de publieke eigendom van de bedrijven dus uiteindelijk de belastingbetaler) deze kosten de komende jaren moeten opbrengen. De Minister maakt kennelijk een onderscheid tussen de consument en belastingbetaler. De facto komt de splitsing, zoals de Minister die nu voorstelt, neer op prijsregulering in een geliberaliseerde markt. Via allerlei (politieke) reparaties worden met de splitsing dus meer regelgeving en toezicht geïntroduceerd.

Ook is het de vraag in welke mate is het genoemde verbod te handhaven is en wat zijn de handhavingskosten hiervan zijn.

3.5 Noodzaak niet gedictieerd door EU ontwikkelingen

De Raad van State merkt op dat de bestaande EG-richtlijnen niet verplichten tot een eigendomssplitsing. Het is de Raad van State niet gebleken dat er nieuwe ontwikkelingen in Europees verband zijn die daartoe aanleiding geven.

De Europese Commissie komt eind van het jaar met de definitieve resultaten van onderzoek naar de werking van de Europese energiemarkten en de voortgang van de implementatie van de huidige tweede Elektriciteits- en Gasrichtlijnen (NB Nederland was samen met Denemarken het enige land dat de Europese regelgeving naar 'geest en letter' juist heeft geïmplementeerd). De Europese Raad van Ministers van Economische Zaken heeft (inclusief Nederland) in december 2005 ingestemd met het beleid van de Europese Commissie om prioriteit te leggen bij de implementatie van de bestaande EG-richtlijnen ten einde een Europese markt en een 'level-playing-field' te creëren en dus niet met nieuwe richtlijnen te komen die de unbundlingseisen (de huidige juridische splitsing) nog eens zouden aanscherpen. De informele EU-top eind 2005 trok conclusies van gelijke strekking. De vraag over wat nu precies de relevante markt is waarop het 'level-playing-field' van toepassing zou moeten zijn blijkt een complexe zaak die door NMA/DTe in onderzoek is, de resultaten worden begin oktober verwacht.

3.6 Reciprociteit nog niet geregeld

De Tweede Kamer heeft met betrekking tot het 'level playing field' nog een motie ingediend met het verzoek de reciprociteit in EU-verband te regelen. Deze motie is kortweg te vertalen als "als Nederlandse bedrijven moeten splitsen, mogen bedrijven uit die landen waar niet gesplitst hoeft te worden die Nederlandse bedrijven niet overnemen". Hij heeft de Tweede Kamer toegezegd uiterlijk september 2006 over zijn te nemen stappen richting Brussel te berichten.

3.7 Splitsing niet nodig vóór 1 januari

In het plenaire debat over het splitsingswetsvoorstel op 14 maart 2006 stelt de Minister over privatisering van energiebedrijven na 1 januari 2007 het volgende (in discussie met de heer Slob van de ChristenUnie):

"Na 1 januari hebt u geen instrumenten in handen om de verkoop van geïntegreerde Nederlandse bedrijven te voorkomen."

Dit is onjuist. Het privatiseringsverbod op de netten van energiebedrijven is in de Elektriciteitswet 1998 in artikel 93, vierde lid (vgl. artikel 85, vierde lid, van de Gaswet) als volgt geregeld:

Onze Minister onthoudt zijn instemming indien de wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of de aandelen in een netbeheerder ertoe zou leiden dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon buiten de kring van hen aan wie aandelen in een netbeheerder toebehoren, rechten op een net of op aandelen in een netbeheerder zou krijgen. Bij ministeriële regeling kan een datum worden bepaald tot welke de Minister zijn instemming onthoudt. Deze ministeriële regeling wordt niet vastgesteld dan nadat Onze Minister daarover overleg met de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft gevoerd.

3.8 Wens om te privatiseren geluwd

De Minister stelt dat met het splitsingswetsvoorstel de huidige publieke aandeelhouders de mogelijkheid wordt geboden om de aandelen in de energiebedrijven te verkopen. Zonder dat daarbij de aandelen in het netbeheer, dat als een publiek belang kan worden aangemerkt, worden meegezogen.

Tijdens het plenaire debat sprak de Tweede Kamer haar vrees uit dat de commerciële delen van energiebedrijven na splitsing zullen worden uitverkocht aan buitenlandse partijen. Op aandringen van de Tweede Kamer zegde de Minister toe dat hij hierover in overleg zal treden met de publieke aandeelhouders (provincies en gemeenten). Met een breed aangenomen motie kreeg de Minister de opdracht om aandeelhouders te bewegen hun aandelen in de productie- en leveringsbedrijven na splitsing voorlopig niet te verkopen. De Minister heeft hieraan gehoor gegeven en komt (brief 21 september) tot de volgende conclusies:

De betreffende gemeenten en provincies zijn zich bewust van hun bijzondere positie als publieke aandeelhouder. Zij begrijpen de zorgen van de Tweede Kamer omtrent de Europese marktverhoudingen en voorzieningszekerheid. Alhoewel er geen sprake is van een uniform beeld, heeft het merendeel van de aandeelhouders aangegeven niet zonder meer de aandelen in de commerciële delen op korte termijn te willen vervreemden. Hierdoor is er geen aanleiding te verwachten dat de Nederlandse productiecapaciteit op korte termijn verkocht zal worden. De aandeelhouders sluiten overigens niet uit dat als gevolg van onvoorziene ontwikkelingen zij alsnog hun aandeel in de commerciële energieactiviteiten vervreemden. In dat geval zal niet zonder meer voor de hoogst biedende partij worden gekozen. Naar verwachting zal dit evenwel niet ten koste gaan van de leveringszekerheid in Nederland.

3.9 Kruissubsidies blijven ook na splitsing mogelijk

Het wetsvoorstel staat toe dat er, nadat het netbedrijf is afgesplitst van de commerciële energie activiteiten, andere commerciële activiteiten in het netbedrijf mogen worden ondergebracht. Zo er al sprake zou zijn van (het risico op) concurrentievervalsing door koppeling van net- en commerciële activiteiten, blijft dit na de splitsing onverkort aanwezig. Binnen elk samengesteld bedrijf (bijv. AKZO) zijn er onderdelen die slechter en andere die beter lopen; als geheel kan AKZO bijvoorbeeld toch goedkoper geld lenen dan op grond van de slechter renderende onderdelen, maar dat zijn geen kruissubsidies.

Waar het om gaat zijn *ongeoorloofde* kruissubsidies, bijvoorbeeld wanneer productiebedrijven eigen afnemers korting zouden geven voor het gebruik van 'hun' net. NMa/DTe hebben daar geen bewijzen voor kunnen vinden.

4. Strijdigheid met Europees recht

4.1 Inbreuk op het EU Verdrag t.a.v. vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging

De invoering van de splitsingswet zal leiden tot een inbreuk op het EU Verdrag (vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging) en het EVRM (Eerste Protocol inzake bescherming van het eigendomsrecht). Ondanks het feit dat de Raad van State in zijn advies op de onverenigbaarheid van het splitsingswetsvoorstel met het Europese recht heeft gewezen, is hier in de Tweede Kamer nauwelijks aandacht aan besteed.

De gedwongen splitsing leidt tot beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging zoals verboden door het EU Verdrag (art. 43 en art. 56):

- Een verbod voor partijen die betrokken zijn bij of belangen hebben in de productie, handel en levering van energie in Nederland, om tevens belangen te hebben in netbeheer in Nederland, levert een belemmering op van het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.
- Beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging zijn slechts verenigbaar met het EU-Verdrag als deze worden gerechtvaardigd door een dwingend algemeen belang van niet-economische aard. Bovendien moet de maatregel proportioneel zijn in verhouding tot het daarmee te dienen belang (“kan het belang niet op andere, minder vergaande wijze gediend worden?”).

4.2 De aangevoerde redenen zijn onvoldoende zwaar, danwel onjuist

De door de Minister aangevoerde redenen kunnen de belemmeringen van het vrije verkeer niet rechtvaardigen:

- Kruissubsidiëring kan effectief worden bestreden door toezicht in combinatie met een vergaande organisatorische en boekhoudkundige scheiding zoals de energiesector aan de Minister heeft voorgesteld. Reeds met de bestaande scheiding tussen commerciële activiteiten en netbeheer functioneert de markt naar behoren: de bestaande geïntegreerde energiebedrijven hebben substantiële aantallen klanten verloren aan nieuwe toetreders zonder eigen netten, en er zijn geen ernstige klachten over de toegang tot de netten.
- Privatisering van de productie-, handels- en leveringsactiviteiten is nu ook al mogelijk. Het splitsingswetsvoorstel is daar niet voor nodig. Splitsing is evenmin nodig om een minderheidsprivatisering van de netbeheerder mogelijk te maken.
- Het proces van internationalisering dat de energiemarkt doormaakt geeft de zinloosheid van een ‘Alleingang’ van Nederland aan: het heeft geen zin om in Nederland een splitsing door te voeren als in alle andere lidstaten geïntegreerde energiebedrijven kunnen blijven voortbestaan, die op internationale schaal opereren en dus ook in Nederland actief zijn. Het Europese speelveld, dat volgens de recente rapportage van commissaris Kroes nu al ernstig ongelijk is, zou daardoor nog ongelijker worden. Daarbij komt dat een structurele borging van onafhankelijk netbeheer ook bij deze internationalisering kan worden verzekerd door een effectieve scheiding tussen de netbeheerder en de productie-, handels- en leveringsactiviteiten, zeker indien publieke aandeelhouders een meerderheidsbelang in de netbeheerder behouden.
- Het splitsingswetsvoorstel valt niet buiten de werking van art. 295 EU Verdrag (waarin wordt bepaald dat het EU Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat). Dit is in tegenstelling tot wat de Minister beweert. Het betoog van de Minister dat uit deze bepaling volgt dat de overheid binnen de eigen kring een splitsing kan doorvoeren zonder met de vrij verkeerbepalingen in botsing te komen, miskent dat art. 295 EU Verdrag - zoals de Minister ook zelf erkent - in ieder geval irrelevant wordt zodra (minderheids)privatisering van de

netbeheerder aan de orde is. De Minister wil deze minderheidsprivatisering samen met de inwerkingtreding van het splitsingswetsvoorstel mogelijk maken.

Daarnaast zijn de door de Minister aangevoerde redenen alle van economische aard. Het EU-verdrag staat niet toe dat economische motieven het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging belemmeringen.

4.3 Inbreuken op Europees Verdrag van de Rechten van de Mens

Implementatie van het splitsingswetsvoorstel zal leiden tot inbreuken op de in art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) gewaarborgde bescherming van eigendom, te weten:

- De in het splitsingswetsvoorstel voorziene overdracht van het beheer van de 150 en 110 kV netten aan TenneT is niet gecombineerd met een vergoeding voor het verlies van deze netten. Art. IV van het splitsingswetsvoorstel veronderstelt het sluiten van een beheersovereenkomst tussen TenneT en de eigenaar van het net, maar geeft de eigenaar geen aanspraak op een redelijke vergoeding, terwijl deze wel tot overdracht van het beheer wordt gedwongen.
- Het splitsingswetsvoorstel voorziet in een verbod om de kosten door te berekenen, niet alleen in de nettarieven maar ook in de (overigens ongereguleerde) tarieven voor levering en productie. Daarmee grijpt het splitsingswetsvoorstel diep in op de bedrijfsvoering en de mogelijkheid om met de eigen bedrijfsmiddelen inkomsten te genereren.
- In de Memorie van Toelichting geeft de Minister aan dat geen duidelijkheid bestaat over de vraag of naamloze vennootschappen waarvan de aandelen in overheidshanden zijn onder art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM vallen. Voorshands is er geen reden om aan te nemen dat dit niet het geval zou zijn. Deze vennootschappen, ongeacht wie hun aandeelhouders zijn, zijn afzonderlijke rechtssubjecten en zelfstandige dragers van eigendomsrechten. Daarbij komt dat de verplichting het beheer van de 150 kV netten aan TenneT over te dragen en het verbod de kosten van de splitsing door te berekenen, zich (ook) uitstrekken tot activiteiten zoals productie en levering, die zich ook in private handen (kunnen) bevinden. De Minister is tot op heden voorbij gegaan aan de consequenties die een geslaagd beroep op de eigendomsbescherming van het EVRM met zich zou brengen.

5. Enige aanvullende aspecten

5.1 Afspraken duurzame energievoorziening

Een groot deel van de aandeelhouders in energiebedrijven heeft tijdens het ronde tafel gesprek van 20 maart jl. in de Tweede Kamer aangegeven geen haast te hebben met verkoop van hun aandeel en dat zij tegen gedwongen splitsing zijn. Dit biedt dit kansen voor de Minister om de handschoen op te pakken, die aandeelhouders, de vakbeweging en de bedrijven zelf hebben neergelegd, om te komen tot een convenant duurzame energievoorziening en te komen tot een positieve ontwikkeling van een Nederlandse energiesector die zich qua efficiency uitstekend kan meten met de internationale concurrentie.

5.2 Ontwikkeling WKK afhankelijk van andere factoren

Er is geen onderbouwing van de aanname dat de ontwikkeling van WKK afhankelijk is van splitsing. Veeleer zijn stimuleringsmaatregelen en de prijzen voor gas en elektriciteit bepalende factoren. Daarom is het niet correct dat het CPB de baten van verdere ontwikkeling decentrale opwekking zoals WKK aan splitsing toeschrijft.

5.3 Strijdigheid met geopolitieke trend: veiligstellen aanvoer energiedragers

De hele wereld en alle Europese landen zijn actief om de energievoorziening in eigen land voor de toekomst veilig te stellen. De vorige regering leek met dit wetsvoorstel te geloven dat marktwerking in Nederland alléén voldoende is om de uitdagingen op energieterrein voor nu en de toekomst aan te kunnen. Het ontbreekt echter aan een gedegen internationale visie op de toekomst van de energievoorziening (voorzieningszekerheid, betaalbaarheid en duurzaamheid).

5.4 Gevaar van herintegratie bedrijven onder buitenlandse giganten

De Raad van State heeft in zijn advies gevraagd om duidelijkheid over de richting van het privatiseringsbeleid. Tegelijkertijd wordt er in dit wetsvoorstel rondom privatisering niets concreet geregeld. Dit terwijl een belangrijk doel van splitsen lijkt om een begin te kunnen maken met de privatisering van het netwerkbedrijf (in eerste instantie tot 49 %). Deze stapsgewijze benadering heeft een aantal belangrijke consequenties waar de Minister vooralsnog geen aandacht heeft geschonken. De minderheidsprivatisering zoals nu wordt omschreven met beperkende voorwaarden voor kopende partijen is niet getoetst aan het Europese recht en kan dus aangevochten worden. Dit zou kunnen betekenen dat we nu eerst splitsen, straks het netbedrijf privatiseren en dat vervolgens de toch al dominante buitenlandse energiereuzen, na succesvolle aanvechting van de wetgeving het hele energiebedrijf in Nederland weer integreren en een nog dominantere positie op de Nederlandse markt gaan innemen.

5.5 Vrijwaring van afnemers van de kosten is een loze belofte

Ten aanzien van de bepaling dat de kosten van splitsing niet mogen worden doorberekend aan de afnemer het volgende:

- Controle op niet doorberekenen van deze kosten is moeizaam
- De controle zelf veroorzaakt extra kosten
- Er zijn geen precedents bekend waarbij bedrijven verplicht gesteld worden kosten te maken en ook nog verplicht gesteld worden deze kosten niet aan de

markt door te geven ; de bepaling dat kosten niet aan afnemers mogen worden doorberekend is waarschijnlijk juridische niet houdbaar.

- De Raad van State heeft in zijn advies aan de Minister gevraagd na te denken over compensatie van energiebedrijven als de kosten van splitsen te hoog zouden worden. De Minister wijst dit in zijn Nader Rapport (blz. 10) af, omdat er naar zijn overtuiging geen disproportionele gevolgen zijn. Naast die structurele kosten van rond de 500 miljoen euro per jaar, is er een aanzienlijk risico dat ook de kosten van beëindiging van de cross border leases hoger zouden uitvallen dan de paar miljoen die de Minister op dit moment inschat. Verwacht kan worden dat bedrijven met schadeclaims komen richting de rijksoverheid die vervolgens door de belastingbetaler opgebracht moeten worden.

6. Samenvatting van de conclusies

6.1 Noodzaak

Concurrentievervalsing is voldoende afgedekt door bestaande wetgeving:

- Er is een verbod op kruissubsidie tussen netbedrijf en andere bedrijfsonderdelen.
- Er is al een verbod op gegevensuitwisseling. Netbeheerders zijn verplicht om klantgegevens vertrouwelijk te behandelen.
- Bedrijven met netten kunnen goedkoper geld lenen dan bedrijven zonder netwerk, maar dat is een algemeen voordeel van grotere bedrijven.

Er zijn geen aanwijzingen dat de bestaande regelgeving tekort schiet. DTe heeft onderzoek gedaan naar gegevensuitwisseling en kruissubsidies maar geen overtredingen kunnen constateren.

Het is niet duidelijk waarom op dit moment verdergaande maatregelen noodzakelijk zijn. Er zijn al aanvullende maatregelen genomen om de onafhankelijkheid van het netwerk nog verder te vergroten (I&I wet) maar nog niet ingevoerd. Een evaluatie van de Gas en Elektriciteitswet wordt in de loop van dit jaar uitgevoerd. Eerst splitsen en dan pas invoeren en evalueren van de bestaande wetgeving is de verkeerde volgorde.

Splitsing is niet nodig om het toezicht eenvoudiger te maken. De minister erkent min of meer dat er geen misstanden aan het licht zijn gekomen, maar dat wil volgens hem niet zeggen dat ze er niet zijn. De splitsing is volgens hem dan ook mede bedoeld om het toezicht door de DTe makkelijker te maken. Splitsing zelf brengt een aantal complexiteiten met zich die extra inspanning van de DTe noodzakelijk maakt

Splitsing is niet nodig is om te voorkomen dat bij privatisering de netwerken in buitenlandse handen vallen. De Nota naar aanleiding van het Verslag stelt dit duidelijk. Immers, als dat het doel zou zijn, is gedwongen splitsing niet nodig, maar volstaat een privatiseringsverbod voor de netbedrijven. Bij verkoop zullen de energiebedrijven natuurlijk alsnog gesplitst moeten worden, maar dat is dan een vrijwillige keuze van de aandeelhouders. Dit wetsvoorstel dwingt de aandeelhouders echter om de energiebedrijven te splitsen ongeacht of er wordt geprivatiseerd, om redenen van verbetering van de concurrentie. Het moet dan ook op die grond beoordeeld worden.

6.2 Proportionaliteit

De gekozen maatregel, splitsen, staat niet in verhouding tot het doel wat ermee wordt bereikt:

- De regering is er niet in geslaagd aan te tonen dat er *de facto* sprake is van concurrentievervalsing tussen energiebedrijven met, en energiebedrijven zonder netten.
- De regering kan niet hard maken dat de splitsing een substantiële verbetering van de concurrentieverhoudingen geeft opzichte van de huidige situatie, waarin al sprake is van uitvoerige en vergaande maatregelen om de onafhankelijkheid van het netwerk te waarborgen.
- Splitsing brengt aanzienlijke kosten en risico's met zich. De berekeningen van de jaarlijks terugkerende kosten variëren van 100 mln tot 460 mln. Daarnaast zijn er nog eenmalige kosten in de orde van 100 mln.
- De splitsing kan ertoe leiden dat inbreuk wordt gemaakt op de cross border lease (CBL) contracten. Volgens de energiebedrijven kunnen de kosten oplopen tot

enkele miljarden. Hoewel de Minister dat risico's niet groot acht, weigert hij om daarover enige concrete uitspraak te doen. Ook de commissie Kist is voorzichtig in haar conclusies. Noch het Ministerie, noch de commissie Kist hebben inzage gevraagd in de afzonderlijke CBL contracten.

- De afsplitsing van de netwerken moet verbetering aanbrengen in de concurrentieverhoudingen binnen Nederland, maar als daarvan als sprake is, staat dit in geen verhouding tot de verslechtering van de concurrentieverhoudingen tussen de Nederlandse energiebedrijven en hun buitenlandse concurrenten.
- Het wetsvoorstel verbiedt commerciële Nederlandse energiebedrijven om aandelen te houden in Nederlandse netbedrijven. Het is buitenlandse energiebedrijven (met netten) echter wel toegestaan om (tot een maximum van 49%) te participeren in de afgesplitste Nederlandse netbedrijven. Ook op dit punt worden de Nederlandse energiebedrijven gediscrimineerd ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten.
- De gedwongen splitsing zal het proces van overnames en consolidatie versnellen. Het aantal spelers dat concurreert op de Nederlandse markt zal daardoor afnemen. Dit is nadelig voor de marktwerking en daarmee voor de consument.

Alternatieven:

- De splitsing is een vergaande en onomkeerbare maatregel, die geen aantoonbare verbetering zal brengen in de Nederlandse concurrentieverhoudingen, maar wel een aantal aantoonbare nadelen heeft. De proportionaliteit van de maatregel is daarmee in het geding. Dit is des te meer zo omdat er alternatieven voor splitsing bestaan die minstens zo effectief zijn, niet onomkeerbaar zijn en een groot aantal van de nadelen van splitsing ondervangen. De industrie heeft daarvoor een voorstel gedaan. Ook de DTe (zie het rapport van 15 april 2004) ziet splitsing als een uiterste in de range van mogelijkheden en ziet in aanvullende maatregelen een alternatief voor splitsing.

Conclusie:

De gedwongen splitsing van de energiebedrijven is niet noodzakelijk en niet proportioneel.

6.3 Verenigbaarheid met Europees recht

Het wordt netbeheerders verboden om onderdeel uit te maken van een groep waartoe ook producenten, leveranciers en handelaren behoren. Dit maakt het onmogelijk voor geïntegreerde energiebedrijven om een netbeheerder aan te kopen, terwijl dit wel is toegestaan aan buitenlandse leveringsbedrijven die niet actief zijn op de Nederlandse markt en derden.

Nu een bepaald type investeerders wordt uitgesloten van de mogelijkheid om in netbeheerders te participeren heeft dit een belemmerend effect hebben op het vrij verkeer van kapitaal.

Een dergelijke (potentiële) belemmering is alleen gerechtvaardigd als de maatregel niet verder gaat dan strikt genomen noodzakelijk is en duidelijk is dat het beoogde doel op geen andere manier en minder belemmerend kan worden bereikt.

In het bovenstaande wordt betoogd dat het splitsingvoorstel niet aan deze proportionaliteits- en noodzakelijkheidseis voldoet en dus in strijd is met de bepalingen van het vrij verkeer van kapitaal.