

Vergaderjaar 2016–2017

34 560

Voorstel van wet van het lid Smaling tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet teneinde het groepsverbod niet voor regionale netbeheerders te laten gelden

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

De Wet Onafhankelijk Netbeheer (hierna: WON) was in 2006 een wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. De wet die in de volksmond de «Splitsingswet» is gaan heten, kent een turbulente politieke geschiedenis. In de afgelopen tien jaar is er geregeld in beide Kamers over gesproken.

Bij de behandeling van de wet in 2006 in de Eerste Kamer, is de motie-Doek en Sylvester c.s. ingediend,¹ die de regering opriep «om een besluit tot effectuering van een splitsing niet te nemen dan nadat duidelijk is dat de Europese Unie zal overgaan tot het vaststellen van een dergelijke Richtlijn». Binnen de Europese Unie (hierna: EU) heeft alleen Nederland de rigoureuze stap van het splitsen genomen. In de ban van de marktwerking, is tegen de wens van de Eerste Kamer de WON toch ingevoerd, waarna Nuon en Essent zijn gesplitst.

De netwerkbedrijven Liander en Enexis gingen zelfstandig verder, terwijl de overige delen van de concerns voor veel geld zijn opgegaan in de ongesplitste handen van de buitenlandse bedrijven Vattenfall en RWE. Een drietal bedrijven heeft zich vanaf het begin te weer gesteld tegen de WON.

In 2010 heeft het gerechtshof in Den Haag de bedrijven Eneco, Delta en Essent in het gelijkgesteld en het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten onverbindend verklaard. Daarmee was de splitsing van tafel en geïntegreerde netten waren en zijn de norm in Europa. De Staat is daartegen in 2010 in cassatie gegaan bij de Hoge Raad. Pas in juni 2015 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan. De Hoge Raad heeft beslist dat splitsing mag van Europa wat betreft het EU-verdrag met betrekking tot vrijheid van kapitaal verkeer. Het *hoeft echter niet* van Europa. De Hoge Raad heeft niet getoetst op de vraag of bestaande wetgeving reeds de

¹ Nummer 30 212, H van 14 november 2006.

publieke doelen realiseert of op eerlijke concurrentie. Dat is aan de politiek.

Dat bleek bij de behandeling van de Wet Stroom² in 2015, waar de Gaswet en Elektriciteitswet 1998 in op zouden gaan. Daarmee kwam de Splittingswet (en dus ook de WON) weer ter sprake. In de Tweede Kamer werd het amendement Smaling c.s.(SP)³, mede ondertekend door CU, CDA, GroenLinks, PVV en 50 plus ingediend. Dit amendement riep op om een eigendomssplitsing bij Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven alleen af te dwingen als andere, omringende Europese landen ook een groepsverbod aan energiebedrijven opleggen. Deze brede coalitie van partijen bleek te klein voor een meerderheid in de Tweede Kamer, maar wist zich verzekerd van een meerderheid in de Eerste Kamer.

Bij behandeling in de Eerste Kamer kreeg de motie Meijer en Flierman⁴ een meerderheid van stemmen waarmee «een dergelijk groepsverbod distributiesysteembeheerders slechts dan aangewezen is indien een meerderheid van de EU-lidstaten deze verlichting invoert». Een duidelijk signaal, waarmee de Eerste Kamer zich, aan het eind van 2015, nogmaals tegen een gedwongen splitsing van energiebedrijven verzette.

Tijdens de behandeling van de «Wijziging van de Elektriciteitswet 1998» (tijdig realiseren doelstellingen Energieakkoord) in december 2015⁵, werd definitief duidelijk dat de in meerderheid aangenomen motie niet zal worden uitgevoerd.

Met dit initiatiefwetsvoorstel wordt het groepsverbod gedeeltelijk opgeheven. Er wordt geregeld dat het groepsverbod niet geldt voor regionale netbeheerders. Zolang de EU geen verplichting kent voor lidstaten om een groepsverbod voor regionale netbeheerders in te voeren vindt de initiatiefnemer het onwenselijk dat in Nederland een dergelijk groepsverbod geldt. Voor de landelijke netbeheerders blijft het groepsverbod van kracht.

In tegenstelling tot wat in 2006 de verwachting was, is Nederland het enige EU-land dat eigendomssplitsing verplicht stelt voor regionale netbeheerders. Dit leidt tot oneerlijke concurrentie voor Nederlandse bedrijven ten opzichte van buitenlandse energiebedrijven die wel over netten in de holding mogen beschikken. Gedwongen eigendomssplitsing (ofwel het groepsverbod) is geen verplicht onderdeel van Europees beleid. Nederland zet daarmee een «nationale kop» op het Europese beleid en zet Nederlandse bedrijven op een concurrentieachterstand, zowel op de thuismarkt als op de buitenlandse markten.

In andere lidstaten worden met andere, minder vergaande middelen dan gedwongen eigendomssplitsing de risico's voor netbeheer ondervangen zodat eventuele nadelige effecten (werkgelegenheid, regionale economie, zeggenschap) worden voorkomen. De publieke doelen achter het oorspronkelijke groepsverbod van 2006 zijn nog steeds van groot belang, maar deze doelen worden gewaarborgd door andere bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, alsmede in het faillissements- en vennootschapsrecht en het Besluit Financieel Beheer Netbeheerders.

² 34 199, nr. 25.

³ Nummer 34 199, H, van 22 december 2015.

⁴ Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (tijdig realiseren doelstellingen Energieakkoord« (TK 34 401) en het «Ontwerpbesluit schadevergoeding net op zee» (zaaknummer 2016Z02434).

⁵ Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14219/Nederland-hoort-bij-koplopers-energieoverstappers-in-Europa/>.

Het voorliggende initiatiefwetsvoorstel moet voorkomen dat Nederlandse bedrijven op een concurrentieachterstand worden gezet met buitenlandse energiebedrijven die ongesplitst zijn. Deze buitenlandse bedrijven op de Nederlandse energiemarkt, zoals naast RWE en Vattenfall ook EON en GDF-Suez, zijn geïntegreerde bedrijven, dus niet gesplitst. Uit jaarverslagen blijkt dat bedrijven zoals NUON, Essent en EON, die actief zijn op de Nederlandse markt volledig worden gefinancierd door de moederbedrijven (met netten in de holding) in Zweden en Duitsland. Het splitsen van Nederlandse geïntegreerde bedrijven zal het speelveld in Nederland daarom niet eerlijker maken. Het gaat daarbij niet alleen om de Nederlandse markt. Als een Nederlands energiebedrijf actief wil zijn op bijvoorbeeld de Duitse markt, zal zij direct moeten concurreren met bedrijven die wel netten in de holding mogen hebben.

Het voorliggende initiatiefwetsvoorstel beoogt dat de eerder voorgenomen splitsing van de regionale energiebedrijven juist eerder voor een ongelijk speelveld zal zorgen. Nederlandse bedrijven kunnen na splitsing slechts tegen ongunstiger voorwaarden lenen op de kapitaalmarkt. Hiermee worden bedrijven onnodig op achterstand gezet. Een goede kredietrating is van wezenlijk belang bij een gedegen transitie naar hernieuwbare energie. Daarmee komt het «tijdig realiseren van de doelstellingen van het Energieakkoord» binnen bereik.

2. Bestaande waarborgen door huidige wetgeving en toezicht

Waarborgen tegen risico's volgend uit handelingen van het energiebedrijf

Bestaande wet- en regelgeving waarborgt veelal dat financiële risico's en/of een faillissement van het energiebedrijf niet kunnen overslaan naar de netbeheerder in dezelfde groep, die zelf door die risico's of een faillissement kan worden getroffen. Hiervoor zijn diverse bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en overeenkomende bepalingen in de Gaswet opgenomen:

- Uit artikel 10, negende lid, van de Elektriciteitswet 1998 volgt dat een netbeheerder een aparte rechtspersoon, BV of NV, moet zijn. Dit brengt mee dat een netbeheerder niet wordt geraakt door schulden of een faillissement van een andere BV of NV van het concern. De netbeheerder heeft immers als rechtspersoon een eigen, apart en zelfstandig vermogen dat los staat van het vermogen van het energiebedrijf en de holding.
- Voor de netbeheerder geldt een «beleningsverbod» (artikel 17, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998). Dat betekent dat de netbeheerder haar netwerken niet als onderpand mag inzetten voor de activiteiten van het energiebedrijf. Daarmee is het risico dat een netbeheerder wordt meegesleurd in een faillissement van het energiebedrijf reeds uitgesloten.
- In geval van een faillissement van de groep, moet ook een curator zich houden aan voor een netbeheerder geldende (solvabiliteits)eisen en mag deze wettelijke bescherming en eisen niet overtreden. De curator moet zich dus houden aan de solvabiliteits- en liquiditeitseisen uit het Besluit Financieel Beheer Netbeheerders. Een netbeheerder moet volgens dit besluit voldoen aan een minimale verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen.
- Zelfs als het toezicht van ACM zou falen is er geen risico voor de netten en de netbeheerder omdat als gevolg van het civiele recht geldt dat in strijd met de wet verrichte handelingen nietig zijn. Die riskante handelingen (bijvoorbeeld een verboden lening met de netten als onderpand) zijn dan niet afdwingbaar.

Waarborgen tegen het in buitenlandse handen komen van de netten

Een vermeend risico is dat de netten in buitenlandse handen komen.

- Ten tijde van het inwerkingtreden van de WON een risico omdat het privatiseringsverbod toen nog niet absoluut was en niet wettelijk was vastgelegd. Thans is het privatisering verbod wél absoluut en wettelijk vastgelegd. Artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 schrijft voor dat een netbeheerder (direct of indirect) in eigendom moet zijn van gemeente of provincie.
- Alleen (de aandelen in) het energiebedrijf kan (kunnen) worden verkocht aan een private partij. De netten worden dus al wettelijk beschermd op het vlak van publiek eigenaarschap. Dat maakt het groepsverbod ook op dit punt onnodig.

Waarborgen voor onafhankelijk netbeheer

De onafhankelijkheid van de netbeheerder komt niet in het geding wanneer deze deel uitmaakt van een groep waarin ook belangen op het gebied van productie, levering en handel een rol spelen. De volgende waarborgen zijn hiervoor al in het leven geroepen:

- Het Besluit Financieel Beheer Netbeheer beschermt de financiële positie van de netbeheerder. Dit besluit eist dat netbeheerders voldoen aan de wettelijke minimumeis voor het eigen vermogen. Het toezicht op de naleving van deze wettelijke eis wordt uitgevoerd door de Raad van Commissarissen die (volgens wettelijke regeling verplicht) apart bij de netbeheerder is ingesteld, en door de toezichthouder ACM.
- De onafhankelijke uitvoering van de wettelijke taken van *het* netbeheer taken wordt onder andere gewaarborgd door:
 - i. artikel 11 van de Elektriciteitswet 1998; het bestuur van de netbeheerder en de meerderheid van diens Raad van Commissarissen mogen geen binding hebben met een energiebedrijf;
 - ii. artikel 16, vierde lid, van de Elektriciteitswet; het energiebedrijf mag zich niet bemoeien met de uitvoering van de wettelijke taken door de netbeheerder.

De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet verbieden bemoeienis van producenten, handelaren en leveranciers met de uitvoering van taken die netbeheerders op grond van die wetten uitvoeren. Artikel 11 van de Elektriciteitswet 1998 moet de Raad van Commissarissen (RvC) van het netwerkbedrijf toezien op een onafhankelijke uitvoering. Via artikel 16 van de Elektriciteitswet ligt er een bemoeienis verbod. Dit laatste wordt mede aan ACM aan toezicht en handhaving onderworpen. Doordat destijds via de WON gekozen is voor splitsing, is toen niet ingezet op het verstevigen van het toezicht. Het dient voorkomen te worden dat het moederbedrijf teveel centrale invloed uit zal gaan uitoefenen. Het kan daarom wenselijk zijn – mede in het licht van het groeiend aantal initiatieven voor hernieuwbare energie – het toezicht niet alleen te verbeteren, maar ook geschikt te maken voor de nieuwe energiemarkt.

Waarborgen tegen kruissubsidie

Wanneer productie, levering en handel deel uitmaken van dezelfde groep als een netbeheerder, mag er geen kruissubsidie plaatsvinden vanuit de netbeheerder. Kruissubsidie wordt wettelijk uitgesloten door de volgende bepalingen:

- a. ACM reguleert strikt de transporttarieven van de netbeheerder (artikel 26b en verder van de Elektriciteitswet 1998);
- b. Artikel 43 van de Elektriciteitswet schrijft voor dat een netbeheerder een eigen boekhouding heeft (financiële unbundling) waardoor de financiële stromen transparant zijn;

- c. In dit verband is het beleningsverbod ook relevant: de groep mag geen lening aan gaan met de netten als onderpand (artikel 17, derde lid, onderdelen b en c, van de Elektriciteitswet 1998);
- d. Artikel 18, eerste lid, van de Elektriciteitswet schrijft voor dat een netbeheerder non-discriminatoir moet handelen waardoor het energiebedrijf uit zijn groep niet bevoordeeld mag worden ten opzichte van concurrenten.

Waarborgen voor de kwaliteit van het net

Als een netbeheerder deel uitmaakt van een groep, lopen de kwaliteit van het net of de investeringen in het net geen gevaar. Netbeheerders moeten tweejaarlijks het zogenaamde Kwaliteits- en Capaciteits Document indienen waarin de investeringen in de netten worden bepaald. Hierover wordt gesproken met de ACM. Dit is het instrument om de betrouwbaarheid van de netten op peil te houden. Ook gelden kwaliteitsparameters waarover de netbeheerder moet rapporteren en waarop de ACM toezicht houdt (artikel 21 van de Elektriciteitswet 1998).

3. Concurrentie en keuzevrijheid voor de consument worden niet bevorderd

Omringende landen zoals Duitsland, Frankrijk en Scandinavië kennen lagere energieprijzen (zonder belastingen), maar hebben net als andere EU-landen geen splitsing doorgevoerd voor regionale netbeheerders. De succesvolle effecten van de liberalisering van de energiemarkt zijn niet toe te schrijven aan eigendomssplitsing, maar aan de eisen die wel gesteld worden in de Europese richtlijnen.

Inmiddels zijn meer dan 60 energieleveranciers actief via de netten van alle netbeheerders. Nederland heeft een hoog percentage van klanten die overstappen naar een andere leverancier. In 2014 is 13% overgestapt in Nederland versus 6% in Europa (ACM, 2015). Overigens vormen Portugal, Noorwegen en België de top 3 van Europese landen waar consumenten het meest overstappen naar een andere elektriciteitsleverancier (bron: ACM 2015).⁶ Deze drie landen hebben, net als alle andere EU-landen, geen gedwongen splitsing ingevoerd.

Dat consumenten kunnen switchen van energieleverancier komt voort uit de liberalisering van de energiemarkt, maar heeft geen relatie met eigendomssplitsing.

4. Gelijk speelveld

In Duitsland geldt geen gedwongen eigendomssplitsing, maar hebben nieuwe toetreders (zoals energie-coöperaties, burgers, kleine bedrijven) het eigendom over 93% van alle duurzame opwekcapaciteit en zijn er honderden nieuwe aanbieders. Ondanks het feit dat in Duitsland een groepsverbod ontbreekt en infrastructuurbedrijven (zoals Alliander in Nederland) commerciële activiteiten mogen ondernemen, is ook daar geen belemmering voor de onstuimige groei van nieuwe toetreders.

Daarnaast is het zo dat bestaande wetgeving er al voor zorgt dat netbeheerders die onderdeel zijn van een holding van een systeembeheerder/infrastructuurbedrijf of een geïntegreerd energiebedrijf, sterk zijn beschermd en gereguleerd om hun kerntaak uit te voeren op een non-discriminatoire wijze.

⁶ Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14219/Nederland-hoort-bij-koplopers-energieoverstappers-in-Europa/>

Nieuwkomers zoals Qurrent, Budget-energie etc. hebben vrije toegang tot alle netten en hoeven daar niet voor te betalen. Zo zijn deze kleine bedrijven net zo actief op de netten van Stedin en Enduris als op die van Liander en Enexis. De toegang daartoe is gratis. Het zijn de consumenten en bedrijven die als afnemer een door de ACM gereguleerd transport- en aansluittarief betalen. De wet eist non-discriminatie en vrije toegang zodat er maximale gelijke concurrentie is op de netten. De ACM houdt daar toezicht op. In de afgelopen jaren zijn hier nooit overtredingen op vastgesteld door de ACM of de concurrenten.

Het groepsverbod alleen in Nederland zorgt er niet voor dat er geen onderscheid meer is tussen geïntegreerde en niet-geïntegreerde bedrijven op de Nederlandse markt. De buitenlandse ongesplitste bedrijven (met een moederbedrijf in het buitenland) op de Nederlandse markt hebben na splitsing nog steeds een marktaandeel van bijna 60%. Dit marktaandeel, in handen van buitenlandse ongesplitste bedrijven, wordt mogelijk nog groter als een buitenlandse bedrijf zoals Gazprom na splitsing bijvoorbeeld Eneco zou overnemen. Dan wordt de concurrentiepositie van bijvoorbeeld Qurrent wordt daar niet sterker van (evenmin als Qurrent het nu gemakkelijker heeft tegenover RWE dan eerder tegenover Essent).

5. Juridisch kader

Het staat de wetgever vrij om ieder gewenst moment de wet te wijzigen zolang de wet niet in strijd is met hogere regelgeving (artikel 120 Grondwet). De uitspraak van de Hoge Raad d.d. 23 juni 2015 over het groepsverbod staat hieraan niet in de weg. De Hoge Raad heeft alleen bepaald dat het groepsverbod niet in strijd is met het Europese Unierecht. Ofwel, de Hoge Raad heeft bepaald dat het groepsverbod mag en niet dat het moet worden ingevoerd.

De vraag kan zich voordoen of het onrechtmatig is dat reeds «gesplitste» bedrijven zoals Essent en Nuon géén netbeheerder mogen overnemen. De grond voor onrechtmatigheid ontbreekt. Energiebedrijven hebben destijds hun netbeheerders «afgesplitst» met het oog op het groepsverbod. NUON en Essent zijn verkocht aan buitenlandse ongesplitste energiebedrijven omdat de Nederlandse aandeelhouders wilde verkopen en dat ongesplitst niet mocht. Dat zij geen Nederlandse netbeheerder kunnen kopen is, bij intrekking van dat verbod, evenwel geen gevolg van het groepsverbod, maar van het privatiseringsverbod. De rechtmatigheid daarvan staat niet ter discussie.

6. Financiële consequenties

Dit voorstel heeft geen budgetbeslag en dus geen directe invloed op de rijksbegroting. Het levert geen hogere lasten op voor burgers en bedrijven. Het voorstel beoogt een gelijk speelveld te creëren. Daardoor ontstaan op termijn positieve economische effecten, die nu nog niet te kwantificeren zijn.

ARTIKELGEWIJZE TOELICHTING

Artikelen I en II

De artikelen I en II bevatten vergelijkbare wijzigingen in de Elektriciteitswet 1998 (artikel I) en Gaswet (artikel II).

Met de Wet onafhankelijk netbeheer (Stb. 2008, 614), ook wel de Splitsingswet genoemd, is ingevoerd dat het beheer van elektriciteit- en gasnetten (hierna: de netbeheerder) en de productie, levering en handel

van elektriciteit en gas (hierna: het commerciële bedrijf) niet verbonden mogen zijn in één groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek alsmede dat geen aandeelhoudersrelatie tussen de netbeheerder en het commerciële bedrijf mag bestaan. Hiermee is feitelijk beoogd dat een volledige eigendomssplitsing plaatsvindt; een eigendomssplitsing op aandeelhoudersniveau tussen enerzijds de netbeheerdersactiviteiten en anderzijds de commerciële activiteiten van energiebedrijven. Dit zogenoemde groepsverbod is neergelegd in artikel 10b van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c van de Gaswet en geldt zowel ten aanzien van de landelijke netbeheerder als ten aanzien van de regionale netbeheerders.

Artikel 9 van richtlijn 2009/72/EG (de derde elektriciteitsrichtlijn) en artikel 9 richtlijn 2009/73/EG (de derde gasrichtlijn) schrijven een juridische scheiding tussen de netbeheerder en het commerciële bedrijf voor, maar staan niet in de weg aan verdergaande eisen aan de onafhankelijkheid van het netbeheer (tot op het niveau van eigendom). Het staat lidstaten derhalve vrij om een volledige scheiding tussen de netbeheerder en het commerciële bedrijf, oftewel volledige eigendomssplitsing, te vereisen.

Onderdelen A

Met de aanpassing van artikel 10b van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c van de Gaswet in de onderdelen A, wordt geregeld dat het groepsverbod specifiek van toepassing is op de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en de netbeheerder van het landelijk gastransportnet in plaats van op «een netbeheerder». Het groepsverbod is derhalve niet langer van toepassing op regionale netbeheerders.

Onderdelen B

Artikel 26 van richtlijn 2009/72/EG en artikel 26 richtlijn 2009/73/EG behelzen een aantal voorschriften ten aanzien van netbeheerders die met het commerciële bedrijf verbonden zijn in een groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat om voorschriften met betrekking tot de vereiste juridische scheiding tussen de netbeheerder en het commerciële bedrijf. Gezien het momenteel geldende groepsverbod is implementatie van artikel 26 van beide richtlijnen eerder niet aan de orde geweest. Als gevolg van de voorgestelde opheffing van het groepsverbod voor regionale netbeheerders is implementatie nu wel noodzakelijk.

In de onderdelen B wordt dan ook een artikel 10c in de Elektriciteitswet 1998 en een artikel 2d in de Gaswet geïntroduceerd, dat hierin voorziet. Meer specifiek betreft het de implementatie van artikel 26, eerste lid en tweede lid, onderdelen a tot en met c, van richtlijn 2009/72/EG en richtlijn 2009/73/EG. Artikel 26, tweede lid, onderdeel d, is reeds geregeld in artikel 11b van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 3c van de Gaswet.

Onderdelen C

Op grond van artikel 17, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, tweede lid, van de Gaswet is het een groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek waar een regionale netbeheerder deel van uit maakt, niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net. In artikel 17, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, derde lid, van de Gaswet wordt nader gespecificeerd wat in ieder geval wordt verstaan onder dergelijke handelingen en activiteiten. In het derde lid, onderdeel a, worden genoemd handelingen of activiteiten die op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met

infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten. Het verbod op deze handelingen of activiteiten is niet langer wenselijk, nu het groepsverbod niet langer van toepassing is op regionale netbeheerders en het commercieel bedrijf daarom deel mag uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek waar ook een regionale netbeheerder deel van uit maakt. In de onderdelen C worden artikel 17, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, derde lid, van de Gaswet derhalve zodanig aangepast dat het verbod op deze handelingen en activiteiten komt te vervallen

Artikel III

Dit artikel regelt dat het moment van inwerkingtreding van de wet wordt vastgesteld bij koninklijk besluit.

Smaling