

Autoriteit
Consument & Markt



De Minister van Economische Zaken
T.a.v. de heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK 'S-GRAVENHAGE

Den Haag, **08 DEC. 2016**

Aantal bijlage(n): 1

Uw kenmerk: DGETM-EI/16147913

Ons kenmerk: ACM/DE/2016/207348

Contactpersoon: mr. A. Wamsteker en mr. V.C.A. Lindijer | Angeliq.ue.Wamsteker@acm.nl | (070) 722 28 67

Onderwerp: 16.0989.38 Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets wetsvoorstel Kamerlid Smaling teneinde het groepsverbod niet voor regionale netbeheerders te laten gelden.

Geachte heer Kamp,

In uw brief van 10 oktober 2016¹ heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te voeren op het wetsvoorstel van Kamerlid Smaling tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (hierna: het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel heeft tot doel het groepsverbod voor regionale netbeheerders te laten vervallen.

Graag wil ik u danken voor het toezenden van het wetsvoorstel. In deze brief vindt u de resultaten van de toets van ACM op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid daarvan. In bijlage1 bij deze brief wordt specifiek ingegaan op bepaalde passages in de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel.

Wetsvoorstel: Geen groepsverbod meer voor regionale netbeheerders

De initiatiefnemer tot het wetsvoorstel acht een groepsverbod voor regionale netbeheerders in Nederland onwenselijk, zolang dit niet ook op Europees niveau geldt. Om zonder het groepsverbod toch de onafhankelijkheid van de netbeheerder binnen de groep te waarborgen, stelt het wetsvoorstel extra eisen aan regionale netbeheerders die onderdeel zijn van een groep, waarin ook productie, levering of handel van elektriciteit plaatsvindt.

¹ DGETM-EI/16147913.

Pag 1
1/11
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
Info @acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl
Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag





Doel huidige Wet onafhankelijk netbeheer

Het groepsverbod vormt de kern van de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won), en is per 1 juli 2008 in werking getreden. Het groepsverbod verbiedt netbeheerders om deel uit te maken van een groep waartoe ook bedrijven behoren die energie produceren, leveren of verhandelen. Met het groepsverbod heeft de wetgever de volgende doelstellingen voor ogen²:

1. De onafhankelijkheid en integriteit van het Nederlandse elektriciteits- en gasnetwerk waarborgen. Aan geïntegreerde bedrijfsvoering binnen een groep³ – waarbinnen consolidatie van schulden mogelijk is – was volgens de wetgever inherent dat het beheer van de netwerken afhankelijk is van bredere strategische en commerciële afwegingen van de concernleiding. Daardoor concurreert het belang van publiek en onafhankelijk netbeheer met andere, commerciële belangen;
2. Een gelijk speelveld voor alle energieaanbieders in Nederland garanderen, ten gunste van de afnemers. Het groepsverbod voorkomt dat energieaanbieders die in een groep met een netbeheerder zijn verbonden, daarvan voordelen hebben die de concurrentie met energieaanbieders die dat niet zijn verstoren. Het groepsverbod biedt binnenlandse en buitenlandse leveranciers de mogelijkheid om op gelijke voorwaarden de Nederlandse afnemer te bedienen.
3. Het toezicht op de energiesector vereenvoudigen.

Met de inwerkingtreding van de Won is bewust gekozen voor een systeem dat het mogelijk maakt om deze doelstellingen in één keer te realiseren en de naleving daarvan te handhaven. Door productie, levering en handel van energie volledig te scheiden van het netbeheer, voorkomt het groepsverbod immers structureel en op voorhand iedere verstrengeling van commerciële belangen van energiebedrijven met de publieke belangen van goed, onafhankelijk netbeheer. Met de introductie van het groepsverbod was het daarom niet nodig om het bestaande toezicht op de onafhankelijkheid van de netbeheerder en het voorkomen van kruissubsidiëring - van een commercieel energiebedrijf door de netbeheerder - verder aan te scherpen.

Vervallen groepsverbod maakt toezicht ACM op onafhankelijkheid netbeheer minder effectief en minder efficiënt

Als het groepsverbod voor regionale netbeheerders vervalt, wordt daarmee volgens ACM vanuit uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidsperspectief een stap terug gezet. Zonder de structurele waarborg van het groepsverbod zal ACM ten eerste niet in staat zijn om de - ook door initiatiefnemer van het wetsvoorstel gewenste - onafhankelijkheid van het netbeheer te beschermen. Ten tweede zal ACM niet kunnen voorkomen dat een netbeheerder commerciële productie-, leverings-, of handelsactiviteiten bevoordeelt. De extra eisen die het wetsvoorstel in de plaats stelt van het groepsverbod, kunnen het groepsverbod in dit opzicht niet evenaren.

² Kamerstukken II 2006/07, 30 212, nr. 56.

³ Als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek.



Hetzelfde geldt voor de eisen die reeds in de bestaande wetgeving (exclusief de Won) zijn opgenomen,⁴ en ook de combinatie van bestaande wetgeving (exclusief de Won) en de extra vereisten van het wetsvoorstel biedt geen vergelijkbare structurele waarborg. Dit heeft tot gevolg dat ACM in een ongesplitste situatie meer onderzoek zal moeten verrichten of de netwerkgroep voldoende maatregelen heeft getroffen om het onafhankelijk netbeheer te borgen en daar in de praktijk ook naar handelt. Hierdoor zal ACM aanzienlijk meer toezichtcapaciteit moeten inzetten, dan met het groepsverbod, waarbij het gewenste effect niet volledig wordt bereikt. Gezien het vorenstaande zal het vervallen van het groepsverbod voor regionale netbeheerders volgens ACM daarom tot minder effectief en minder efficiënt toezicht leiden.

Onafhankelijkheid van de netbeheerder wordt in ongesplitste situatie aangetast

De reeds geldende wettelijke eisen, exclusief het groepsverbod, aangevuld met de door de initiatiefnemer voorgestelde extra vereisten nemen niet de prikkels weg voor de concernleiding van een groep met netbeheer en een commercieel energiebedrijf om invloed uit te oefenen op de netbeheerder, teneinde het groepsresultaat te optimaliseren. De netbeheerder is dan immers onderdeel van een groep die een economische éénheid vormt en waarbij (het bestuur van) de groep verantwoordelijk is voor alle groepsmaatschappijen,⁵ waaronder de netbeheerder. Volledige onafhankelijkheid van de netbeheerder binnen deze groep (zoals door de initiatiefnemer in zijn wetsvoorstel wordt voorgesteld), staat op gespannen voet met de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de groep als één geheel.⁶ Dit brengt het risico mee dat het bestuur van de groep zal zoeken naar mogelijkheden om beslissingen van de netbeheerder te beïnvloeden. Het belang van goed netbeheer kan dan ondergeschikt worden gemaakt aan de belangen van het commerciële energiebedrijf binnen de groep.

Het enkele feit dat een netbeheerder onderdeel is van een groep met daarin ook een commercieel energiebedrijf, zal met andere woorden de onafhankelijkheid van de netbeheerder reeds op de proef stellen en aantasten. Te denken valt aan de volgende situaties.

- A. De moederonderneming kan als aandeelhouder met haar zeggenschap over de samenstelling en beloning van het bestuur van de netbeheerder de besluitvorming binnen de netbeheerder op indirecte, informele wijze beïnvloeden.

⁴ In bijlage 1 bij deze brief licht ACM dit nader toe voor een aantal van de bestaande eisen die in de toelichting bij het wetsvoorstel zijn genoemd.

⁵ Deze verantwoordelijkheid van het bestuur van de groep blijkt onder meer uit de verplichting voor de rechtspersoon die aan het hoofd van de groep staat om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen, als één geheel worden opgenomen.

⁶ Het is de vraag of en hoe het bestuur van de groep de verantwoordelijkheid voor de groep als geheel op grond van het rechtspersonenrecht kan dragen, als zij in het geheel geen invloed mag uitoefenen op besluitvorming van de netbeheerder. De Europese regelgeving voor de ontvlechting van distributiesysteembeheerders waaraan de nieuwe eisen van het wetsvoorstel zijn ontleend, onderkent deze spanning. In artikel 26, lid, 2, onder c van Richtlijnen 2009/72 en 2009/73 is immers bepaald dat de vereiste onafhankelijkheid van de netbeheerder geen beletsel vormt voor passende coördinatieregelingen die ervoor moeten zorgen dat de rechten van de moederonderneming met betrekking tot het rendement op investeringen in een dochteronderneming beschermd worden. De moederonderneming mag zeggenschap uitoefenen op de begroting van de netbeheerder en limieten voor de schuldenlast vaststellen. Deze nuancering van de onafhankelijkheid van de netbeheerder en het verbod op bemoeienis van de groep met de netbeheerder, is in het wetsvoorstel niet overgenomen.



Deze bevoegdheden van de moederonderneming kunnen omgekeerd voor het bestuur van de netbeheerder aanleiding geven om niet alleen het belang van goed netbeheer, maar ook het groepsbelang mee te wegen bij beslissingen van de netbeheerder. Voor ACM is niet duidelijk of en in hoeverre het wetsvoorstel beoogt de zeggenschap van de moederonderneming als aandeelhouder over de samenstelling en beloning van het bestuur van de netbeheerder te beperken.⁷ Zonder nadere voorschriften hiervoor, kan ACM de onafhankelijkheid van de netbeheerder vanuit dit perspectief niet waarborgen.

- B. De geldende regels laten onverlet dat de moederonderneming bevoegd is om te beslissen over het dividend dat de netbeheerder aan haar uitkeert. Voor ACM is niet duidelijk of en in hoeverre het wetsvoorstel beoogt de zeggenschap van de moederonderneming als aandeelhouder over de omvang van de dividenduitkering te beperken. Zonder nadere voorschriften hiervoor, kan ACM niet voorkomen dat de commerciële belangen van het energiebedrijf van invloed kunnen zijn op de omvang van het dividend dat de netbeheerder uitkeert. Een holding mag immers als aandeelhouder dividenduitkeringen bij de netbeheerder opeisen om bijvoorbeeld verlieslatende activiteiten van het commerciële energiebedrijf te compenseren. Een netbeheerder die minder dividend wil uitkeren om bijvoorbeeld verwachte toekomstige investeringen te bekostigen, kan dit niet voorkomen. Als de netbeheerder hierdoor minder investeert dan hij anders zou doen, kan dit op langere termijn de betrouwbaarheid van het netwerk negatief beïnvloeden. Ook in die zin is de netbeheerder dus, anders dan met het groepsverbod, niet onafhankelijk van de commerciële belangen van een productie-, leverings- en handelsbedrijf.
- C. De commerciële risico's van het energiebedrijf binnen de groep hebben onvermijdelijk een nadelig effect op de kosten die de netbeheerder maakt om financiering aan te trekken. Omdat de financiële risico's van het energiebedrijf in de regel groter, en de kredietwaardigheid lager is dan die van de gereguleerde netbeheerder, zal de aanwezigheid van dit energiebedrijf in de groep vrijwel per definitie ertoe leiden dat het voor de netbeheerder duurder wordt om financiering aan te trekken, in vergelijking met een situatie waarin het energiebedrijf is gesplitst van de netbeheerder. De financieringskosten van de netbeheerder worden daarmee feitelijk afhankelijk van de risico's van het commerciële energiebedrijf binnen de groep.

ACM zal met haar toezicht op basis van het wetsvoorstel het belang van de netbeheerder in deze situaties niet op gelijke wijze als met het groepsverbod kunnen waarborgen. Het groepsverbod voorkomt immers op voorhand elke beïnvloeding van de netbeheerder door de belangen van een commercieel energiebedrijf binnen de groep.

⁷ In dit verband kan ook worden gewezen op de veel gedetailleerdere onafhankelijkheidsvoorschriften die de Europese Richtlijnen geven ten aanzien van transmissiesysteembeheerders, in de artikelen 17 tot en met 23. Zo schrijft artikel 19 bijvoorbeeld voor dat besluiten over benoeming, ontslag, salariëring en arbeidsvoorwaarden van bestuurders van de transmissiesysteembeheerder worden genomen door een apart controle-orgaan als bedoeld in artikel 20 van de Richtlijnen. In dat laatste artikel worden eisen gesteld die een zekere onafhankelijkheid van dit controle-orgaan ten opzichte van het verticaal geïntegreerde energiebedrijf beogen te waarborgen.



Opsporen inbreuken op onafhankelijkheid netbeheerder en verboden bevoordeling vergt zonder groepsverbod extra onderzoekscapaciteit

ACM kan de onafhankelijkheid van de netbeheerder ten opzichte van commerciële activiteiten op het gebied van productie, levering en handel van energie thans waarborgen door toe te zien op de naleving van het groepsverbod. Of binnen de groep van een netbeheerder handel, levering of productie van energie plaatsvindt, kan ACM doorgaans eenvoudig vaststellen. Om zonder groepsverbod de onafhankelijkheid van de netbeheerder te waarborgen danwel kruissubsidiëring van het commerciële energiebedrijf te voorkomen, zal ACM intensiever toezicht moeten houden en meer onderzoekscapaciteit moeten inzetten. De nieuwe eisen die het wetsvoorstel stelt aan de onafhankelijkheid van de netbeheerder, voorkomen immers niet structureel en op voorhand dat een commercieel energiebedrijf de onafhankelijkheid van de netbeheerder aantast.

Of ACM overtredingen van deze eisen aan het licht brengt, is afhankelijk van onderzoek naar de gedragingen binnen de groep. ACM zal dan bijvoorbeeld moeten onderzoeken of er - zoals het wetsvoorstel voorschrijft - passende maatregelen zijn genomen om rekening te houden met de professionele belangen van personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de netbeheerder, zodat zij binnen de groep onafhankelijk kunnen functioneren. Daartoe moet ACM inventariseren welke maatregelen de groep heeft getroffen en vervolgens beoordelen of deze maatregelen toereikend zijn. Dit vergt grotere toezichtsinspanningen, dan de controle op de naleving van het groepsverbod.⁸ Bovendien is het, ook als op papier aan de eisen is voldaan, zeer moeilijk vast te stellen of netbeheerders in hun dagelijkse gedragingen ook daadwerkelijk onafhankelijk zijn en of de groep waartoe de netbeheerder behoort zich in de praktijk ook daadwerkelijk niet bemoeit met de uitvoering van de taken van de netbeheerder.⁹

Handhaving achteraf is minder effectief dan structureel voorkomen inbreuken

ACM kan na onderzoek alleen *achteraf* vaststellen dat een netbeheerder in strijd met nieuwe of bestaande eisen voor zijn onafhankelijkheid heeft gehandeld of het commerciële energiebedrijf heeft bevoordeeld. ACM kan dan een boete opleggen en beëindiging van de overtreding gelasten. Daarmee kan ACM echter niet de schade herstellen die de inbreuk op het belang van goed netbeheer of een gelijk speelveld voor energieaanbieders heeft veroorzaakt.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat ACM zonder groepsverbod meer toezichtscapaciteit nodig zal hebben om toezicht te houden op de onafhankelijkheid van de netbeheerder en het verbod op

⁸ Daar komt bij dat in het geval ACM deze eisen handhaaft, discussie valt te verwachten over de vraag wat bijvoorbeeld 'passende maatregelen' zijn, of wat 'effectieve bevoegdheden' en 'nodige middelen' zijn als bedoeld in artikel 10c, tweede lid, sub c, van het wetsvoorstel. In dit verband merkt ACM op dat de - uit de artikel 26 van Richtlijnen 2009/72 en 2009/73 overgenomen eisen die het wetsvoorstel stelt aan de onafhankelijkheid van de netbeheerder weinig concreet zijn. Deze eisen zijn dan ook in de meeste lidstaten geïmplementeerd door middel van meer gedetailleerde voorschriften, die duidelijker maken wat van de netbeheerder binnen een verticaal geïntegreerd bedrijf wordt verwacht en die voor de toezichthouder beter handhaafbaar zijn. Zie hierover *CEER, Status Review on DSOs Unbundling*, april 2016, Ref: C15-LTF-43-03, p. 15 en 26. Zie bijvoorbeeld ook de veel gedetailleerdere onafhankelijkheidsvoorschriften die de genoemde Richtlijnen geven ten aanzien van transmissiesysteembeheerders, in de artikelen 17 tot en met 23.

⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2014/15, 30212*, nr. 81, het onderzoeksrapport inzake publiek en onafhankelijk netbeheer van 4 juni 2007 met kenmerk 102680/23 en *Kamerstukken II, 2003/04, 28982*, nr. 24 en de bijlage daarbij.



kruissubsidiëring, terwijl het toezicht - ook met die extra capaciteit - niet even effectief kan zijn, als met het groepsverbod in de hand.

Wetsvoorstel vergroot ongelijk speelveld met energiebedrijven zonder netwerktak en bemoeilijkt toetreding nieuwkomers tot de markt

Op de Nederlandse markt zijn op dit moment twee soorten energiebedrijven actief. Aan de ene kant zijn er energiebedrijven die (nog) onderdeel zijn van een concern waartoe ook netbeheerders behoren. In deze groep vallen ook buitenlandse energiebedrijven, waarvoor het groepsverbod niet geldt. Aan de andere kant zijn er energiebedrijven die geen binding hebben met een netbeheerder. Uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt dat de initiatiefnemer met het opheffen van het groepsverbod wil bereiken dat Nederlandse commerciële energiebedrijven kunnen profiteren van een netbeheerder in de groep, zodat een gelijk speelveld ontstaat met buitenlandse ongesplitste energiebedrijven. Het wetsvoorstel erkent daarmee dat een ongesplitste situatie voor het commerciële energiebedrijf voordelen inhoudt, die dat energiebedrijf een voorsprong geven op energiebedrijven die niet met een netbeheerder in een groep zijn verbonden.

Eén van de voordelen, in de toelichting ook genoemd, is dat het commerciële energiebedrijf profiteert van de kredietwaardigheid van die netbeheerder. De kredietwaardigheid van de netbeheerder leidt in de regel tot een betere kredietwaardigheid van de groep, waardoor het commerciële energiebedrijf makkelijker en goedkoper financiering kan aantrekken. Een ander voordeel is dat de groep beschikking krijgt over de dividenden die de netbeheerder uitkeert. De groep kan deze dividenden gebruiken om investeringen van het commerciële energiebedrijf te financieren.

Door deze voordelen aan een ongesplitst energiebedrijf toe te staan, zorgt het wetsvoorstel weliswaar voor een gelijk speelveld van Nederlandse en buitenlandse ongesplitste energiebedrijven, maar vergroot het tegelijkertijd het ongelijke speelveld ten opzichte van energiebedrijven die niet met een netbeheerder zijn verbonden.¹⁰ Het wetsvoorstel zet niet alleen deze 'stand-alone' energiebedrijven op een achterstand, maar verhoogt tevens de drempel voor nieuwe 'stand-alone' energiebedrijven tot de energiemarkt. Zulke nieuwe energiebedrijven zorgen vaak voor innovatie en dynamiek op de markt. Dit is ook in het belang van de consument. Als het voor nieuwe energiebedrijven minder aantrekkelijk wordt om tot de markt toe te treden, kan dit de energietransitie hinderen.

Conclusie

Het wetsvoorstel zet energiebedrijven die niet aan een netbeheerder zijn verbonden op een achterstand. Daarmee verhoogt het wetsvoorstel voor nieuwkomers die geen binding hebben met een netbeheerder de toetredingsdrempel tot de markt. Dit kan een rem zetten op dynamiek en innovatie in de energiemarkt.

¹⁰ Op de Nederlandse markt voor levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers zijn inmiddels tientallen leveranciers actief die geen binding hebben met een netwerkbedrijf, zie bijvoorbeeld <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/energiebedrijven/vergunninghouders-elektriciteit/> en <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/energiebedrijven/vergunninghouders-gas/>.



Schrappen concretisering verbod op nevenactiviteiten zet deur open voor wezensvreemde activiteiten

Artikel 17, tweede lid, E-wet en artikel 10b, tweede lid, Gaswet bepalen dat het netwerkbedrijf niet is toegestaan handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net. Artikel 17, derde lid, onderdeel a, E-wet en artikel 10b, derde lid, onderdeel a, Gaswet vullen dit concreter in door te bepalen dat onder dit soort handelingen en activiteiten onder meer worden verstaan, "*handelingen en activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten.*" Met deze toevoeging heeft de wetgever willen voorkomen dat het netwerkbedrijf activiteiten ontplooit die geen enkele relatie hebben met het beheer van een net, los van het groepsverbod.

Hoewel de wetgever geen scherpe grens heeft getrokken tussen toelaatbare en niet-toelaatbare nevenactiviteiten,¹¹ is deze concretisering van toegestane nevenactiviteiten van groot belang voor de handhaafbaarheid van het verbod op nevenactiviteiten door ACM. De initiatiefnemer stelt voor deze concretisering te schrappen. Daardoor wordt het verbod op nevenactiviteiten grotendeels onbepaald en daardoor niet of nauwelijks handhaafbaar. Deze ontwikkeling staat bovendien haaks op de aanscherping en verduidelijking van het verbod op nevenactiviteiten in het deze zomer geconsulteerde wetsvoorstel Voortgang Energietransitie (VET).

Conclusie

Door de concretisering van het verbod op nevenactiviteiten te schrappen, bestaat het risico dat er naast activiteiten op het gebied van de productie, handel en levering van energie ook activiteiten binnen de groep kunnen worden ontplooid, die niets met netbeheer te maken hebben, zonder dat ACM daartegen kan optreden.

Consequenties voor de uitvoeringslasten

Hiervoor heeft ACM uiteengezet dat ACM zonder groepsverbod aanzienlijk meer toezichtscapaciteit zal moeten inzetten om toezicht te houden op de onafhankelijkheid van het netbeheer en verboden kruissubsidiëring van het commerciële energiebedrijf, terwijl het toezicht - ook met die extra capaciteit - niet even effectief kan zijn, als met het groepsverbod in de hand.

Bij de parlementaire behandeling van de Won was de verwachting dat de jaarlijkse materieel- en personeelsuitgaven van de toenmalige Directie Toezicht Energie (DTe) met 30% zouden moeten stijgen, om zonder groepsverbod toezicht te houden op concurrentieverstorende gedragingen.¹²

Hoeveel extra capaciteit de huidige directie Energie van de ACM nodig heeft voor de uitvoering van dit wetsvoorstel is nu niet exact in te schatten. Voor de gesplitste energiebedrijven is het, gelet op het privatiseringsverbod voor netbeheerders, niet mogelijk om de splitsing terug te draaien. Deze

¹¹ Zie bijvoorbeeld ACM besluit van 22 april 2016, zaaknummer 15.0772.53.

¹² Kamerstukken II, 2006/07, 30212, nrs. 81 en 56/L.

00
1
100
100
100
100
100
100
100

Autoriteit Consument & Markt



bedrijven blijven dus gesplitst. ACM zal wellicht intensiever toezicht moeten houden op netwerkbedrijven die nieuwe activiteiten op het gebied van productie, levering of handel starten. De omvang van de extra toezichtscapaciteit die ACM hiervoor nodig heeft, zal afhangen van de mate waarin netwerkbedrijven dergelijke activiteiten zullen ontplooiën. ACM zal met u in overleg treden over extra toezichtscapaciteit, als dit nodig blijkt om toezicht te houden op de onafhankelijkheid van het netbeheer en het verbod van kruissubsidiëring, als gevolg van het intrekken van het groepsverbod voor regionale netbeheerders.

Conclusie en slotopmerkingen

ACM concludeert dat het wetsvoorstel de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het toezicht op de onafhankelijkheid van het netbeheer en het voorkomen van kruissubsidiëring ineffectiever en inefficiënter maakt. Daarnaast maakt het wetsvoorstel het verbod op nevenactiviteiten grotendeels niet handhaafbaar.

ACM is graag bereid tot nader overleg over de inhoud van deze brief. U kunt hiervoor contact laten opnemen met Angelique Wamsteker, bereikbaar onder telefoonnummer (070) 722 2867. Bij een eventuele schriftelijke reactie wordt u verzocht om te refereren aan kenmerk 16.0989.38. Ten slotte verneemt ACM graag wanneer u deze brief zult publiceren.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze.

dr. F.J.H. Don
bestuurslid

8/11



Bijlage 1

Opmerkingen bij de Memorie van Toelichting

In de Memorie van Toelichting wijst de initiatiefnemer tot het wetsvoorstel op de waarborgen die de bestaande wetgeving bevat om inbreuken op de onafhankelijkheid van de netbeheerder en kruissubsidiëring vanuit de netbeheerder tegen te gaan. Met dit bestaande instrumentarium zal dat volgens ACM echter niet in gelijke mate worden gewaarborgd, als met het groepsverbod. ACM licht dat hieronder nader toe.

Bestaande instrumenten tegen kruissubsidiëring

Regulering transporttarieven netbeheer

Het feit dat ACM de transporttarieven reguleert, betekent niet dat daarmee kruissubsidiëring wordt voorkomen. Relevant is de vraag of in de transporttarieven alleen kosten zitten die direct gerelateerd zijn aan de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerder. Of dat het geval is, is onder meer afhankelijk van de verdeelsleutels die de groep gebruikt om kosten die bijvoorbeeld op het niveau van de holding worden gemaakt, aan groepsmaatschappijen door te berekenen.

Gescheiden boekhouding

Artikel 43 van de E-wet en artikel 32 van de Gaswet verplicht de netbeheerder om een afzonderlijke boekhouding te voeren voor het beheer van zijn netten en de uitvoering van zijn wettelijke taken. Een afzonderlijke boekhouding biedt geen garantie tegen kruissubsidie. Ook hier geldt dat daarvoor namelijk relevant is welke verdeelsleutels worden gebruikt binnen de groep en of die verdeelsleutels realistisch zijn. Dat is in de praktijk voor de toezichthouder vaak moeilijk vast te stellen.

Bestaand instrument bevoordelingsverbod

Artikel 18, eerste lid, E-wet bevat het bevoordelingsverbod. Het verbod zorgt ervoor dat de netbeheerder ondernemingen binnen het netwerkbedrijf niet mag bevoordelen. Het verbod voorkomt echter niet dat de netbeheerder voordelen verstrekt aan groepsmaatschappijen die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn. Het verbod staat er dan ook niet aan in de weg dat de netbeheerder dividend uitkeert aan de holding. De holding is vervolgens vrij om, met goedkeuring van de aandeelhouders, te beslissen hoe zij dit dividend aanwendt. De holding kan derhalve besluiten het dividend dat zij van de netbeheerder ontvangt, in te zetten om activiteiten van commerciële dochterbedrijven te financieren. In de huidige praktijk krijgt ACM al klachten van marktpartijen dat commerciële bedrijven binnen een netwerkgroep een voorsprong hebben die de concurrentie verstoort.¹³ Met het vervallen van het groepsverbod zal deze potentiële concurrentieverstoring, en de klachten die ACM daarover ontvangt, zich uitbreiden tot de markt voor energieproductie, -levering en -handel.

¹³ Zie bijvoorbeeld het besluit van 22 april 2016 van ACM op een handhavingsverzoek van RWE tegen Alliander, zaaknummer 15.0772.53, en, onder hetzelfde zaaknummer, de publicatie waarmee ACM op 9 februari 2016 een onderzoek naar Allego afrondde (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15734/Alliander-mag-nevenactiviteiten-voortzetten>).



Bestaande instrumenten waarborg onafhankelijk netbeheer

Samenstelling bestuur

Artikel 11 E-wet bepaalt dat de meerderheid van de Raad van Commissarissen van de netbeheerder geen binding mag hebben met een commercieel energiebedrijf. Daarmee is naar het oordeel van ACM niet verzekerd dat het commerciële energiebedrijf binnen de groep geen invloed uit kan oefenen op de netbeheerder. Een minderheid van de Raad van Commissarissen mag immers volgens deze norm wel binding hebben met het commerciële energiebedrijf. Op deze wijze heeft de holding die ook het commerciële energiebedrijf aanstuurt een bepaalde mate van formele zeggenschap en feitelijke invloed op de (samenstelling van) het bestuur van de netbeheerder.

Bemoeienisverbod

Artikel 16, vierde lid, E-wet bepaalt dat producenten, leveranciers en handelaren zich onthouden van iedere bemoeiing met de uitvoering van wettelijke taken. Zoals ACM hiervoor uiteen heeft gezet, is het in de praktijk in een ongesplitste situatie lastig om vast te stellen of sprake is geweest van bemoeiing, omdat dit ook op indirecte, informele wijze kan gebeuren.

Besluit Financieel Beheer Netbeheerder

Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel beschermt het Besluit Financieel Beheer Netbeheerder (hierna: BFBN) de financiële positie van de netbeheerder. In de praktijk biedt het BFBN echter onvoldoende waarborg voor de bescherming van de financiële positie van de netbeheerder binnen een groep. Dat blijkt uit het volgende.

Ten eerste is de holding (moedermaatschappij) van de groep waarvan de netbeheerder deel uitmaakt bij machte om de financiële positie van de netbeheerder te beïnvloeden. De holding kan kunstmatig bepalen hoeveel schulden de netbeheerder krijgt toebedeeld, wat leidt tot een financiële positie die niet overeenkomt met de bedrijfseconomische werkelijkheid. Het is bijvoorbeeld mogelijk om geen enkele schuld toe te rekenen aan de netbeheerder, waardoor het eigen vermogen altijd (zij het kunstmatig) voldoet aan de wettelijke minimumeis.¹⁴

Ten tweede is van belang dat het BFBN ondergrenzen vaststelt voor de financiële positie van de netbeheerder. Het is echter mogelijk dat het bestuur van een netbeheerder meer financiële ruimte wenst dan het BFBN minimaal vereist, bijvoorbeeld met het oog op verwachte investeringen in het netwerk. De holding stelt echter de hoogte van de dividenduitkering van de netbeheerder vast en weegt daarbij meerdere belangen mee. Een holding mag dividend opeisen bij een netbeheerder, uitsluitend met het motief om verlieslatende commerciële onderdelen te subsidiëren. Een netbeheerder die minder dividend wil uitkeren om investeringen in het netwerk te financieren kan een dergelijke ongewenst hogere dividenduitkering niet voorkomen. En in dit geval dus de benodigde uitbreidings- of vervangingsinvesteringen in het netwerk niet uitvoeren.

¹⁴ De mogelijkheden zijn groot. Denk bijvoorbeeld aan een holding die een duur en een goedkoop bedrijfspand heeft en de netbeheerder oplegt om gebruik te maken van het dure pand tegen de wens van het bestuur van de netbeheerder in.

01
1
10
1.1
1
1.1.1
1.1.2
1.1.3
1.1.4
1.1.5
1.1.6
1.1.7

Autoriteit Consument & Markt



Ten derde wordt de bescherming voor een onafhankelijke netbeheerder om ongewenst hoge dividenduitkeringen te voorkomen voorts verder uitgehoid indien de holding een credit rating voor de netbeheerder aanvraagt. Indien de netbeheerder een credit rating heeft worden de financiële ondergrenzen die het BFBN stelt voor de netbeheerder buiten toepassing verklaard. Dit heeft tot gevolg dat de netbeheerder minder wordt beschermd tegen te hoge dividenduitkeringen aan de holding. Immers de credit rating is niet gebaseerd op de financiële ondergrens die het BFBN stelt maar kijkt met name naar de kredietwaardigheid van de onderneming. In de praktijk kan dit ertoe leiden dat er meer dividend uit de netbeheerder wordt getrokken dan mogelijk is op basis van de financiële ondergrenzen van het BFBN.

11/11