

Stand van zaken splitsing energiebedrijven – het groeps- verbod nader beschouwd

Inleiding

Op 21 november 2006 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (de E-wet) en van de Gaswet (de G-wet) in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (de Wet onafhankelijk netbeheer of Won) aangenomen door de Eerste Kamer.¹ De Wet onafhankelijk netbeheer regelt onder meer de invoering van het zogenoemde groepsverbod op grond waarvan, kort gezegd, (groepsmaatschappijen van) Nederlandse beheerders van elektriciteits- of gastransportnetten (ook wel netbeheerders) geen aandelen mogen houden in (groepsmaatschappijen van) Nederlandse producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit of gas, en geen onderdeel mogen vormen van een groep in de zin van artikel 2:24b BW waarvan ook producenten, handelaren en leveranciers onderdeel uitmaken. Het verbod geldt in gelijke zin voor Nederlandse producenten, handelaren en leveranciers van elektriciteit of gas.

Andere onderwerpen die in de Wet onafhankelijk netbeheer worden geregeld zijn onder meer de overdracht van het beheer van de hoogspanningsnetten aan TenneT en de creatie van de zogenoemde ‘vette netbeheerder’. In het kader van deze bijdrage zal echter niet nader worden ingegaan op deze onderwerpen. Ook op de specifieke (overgangs)bepalingen in verband met de *cross border lease*-contracten zal niet nader worden ingegaan.

Hoewel de Wet onafhankelijk netbeheer is aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer, treden op grond van artikel XIII Won de daarin opgenomen bepalingen pas in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. De datum van inwerkingtreding van de meeste bepalingen van de Wet onafhankelijk netbeheer is inmiddels dienovereenkomstig vastgesteld door de minister van Economische Zaken (hierna: de minister).² Ten aanzien van de inwerkingtreding van de bepalingen met betrekking tot het groepsverbod is echter een motie aangenomen door de Eerste Kamer (de motie Doek/Sylvester c.s.).³

In deze motie wordt de regering opgeroepen de bepalingen ten aanzien van het groepsverbod niet eerder in werking te laten treden dan nadat (1) duidelijk is dat de Europese Unie overgaat tot effectuering van splitsing, of (2) het publiek en onafhankelijk netbeheer in gevaar komen. Van dit laatste zal volgens de motie onder meer sprake kunnen zijn (1) ‘wanneer

1. De Wet onafhankelijk netbeheer is op 23 november 2006 gepubliceerd in het Staatsblad (zie Stb. 2006, 614).

2. Stb. 2007, 13.

3. Kamerstukken I 2006/07, 30 212, nr. H.

sprake is van het verrichten van buitenlandse activiteiten en/of van het aangaan van grensoverschrijdende allianties', (2) 'bij verstoring van evenwichtige marktverhoudingen en niet-transparante non-discriminatoire financiële verhoudingen', of (3) 'bij het ontbreken van gelijke toegang tot de netten'.⁴ In de motie wordt de regering tevens opgeroepen om, zodra zij op enig moment meent dat er aanleiding is om het groepsverbod in werking te laten treden, eerst in overleg te treden met de Eerste en Tweede Kamer. De toenmalige minister heeft in een brief aan de Eerste Kamer laten weten de motie naar de 'letter en geest' uit te voeren en dit onder de aandacht te brengen van zijn ambtsopvolger.⁵

De huidige minister stelt zich in een brief aan de Tweede Kamer van 7 juni 2007 op het standpunt dat, mede gelet op de door haar waargenomen ontwikkelingen in de energie-sector sinds de motie Doek/Sylvester c.s., de inwerkingtreding van het groepsverbod 'nu nodig is'. Hoewel dit standpunt van de minister onderwerp is van discussie, past een nadere analyse van dit standpunt niet binnen de context van deze bijdrage.⁶ Een en ander zal in het hiernavolgende dan ook verder buiten beschouwing blijven. Het is echter aannemelijk dat, naar het zich thans laat aanzien, binnen afzienbare tijd een koninklijk besluit zal worden genomen waarin een datum zal worden vastgesteld voor de inwerkingtreding van het groepsverbod. Deze bijdrage gaat uit van de situatie per 1 juli 2007 en nadien publiek geworden informatie is niet verwerkt in deze bijdrage. Niet valt uit te sluiten dat op het moment van verschijnen van deze bijdrage een dergelijk koninklijk besluit reeds is genomen. Uit het thans voorgestelde ontwerp-besluit volgt namelijk dat de minister ernaar streeft het groepsverbod op 1 augustus 2007 in werking te laten treden.⁷ Op grond van overgangsbepalingen (waarover hierna meer) hebben de huidige geïntegreerde energiebedrijven vervolgens tweeënhalf jaar de tijd om aan het groepsverbod te voldoen.

Eerder is al besloten tot inwerkingtreding van het vereiste dat de economische eigendom van de elektriciteits- en gastransportnetten bij de netbeheerder dient te berusten.⁸ Ook ten aanzien van deze regeling is voorzien in een overgangsbepaling. Op grond daarvan moeten de geïntegreerde energiebedrijven *de facto* per 1 juli 2008 aan dit vereiste voldoen.

4. Kamerstukken I 2006/07, 30 212, nr. H.

5. Kamerstukken I 2006/07, 30 212, nr. J.

6. Zie bijv. de brief van Eneco van 14 juni 2007 aan de minister waarin Eneco haar bezwaren tegen het voornemen van de minister kenbaar maakt (beschikbaar op <www.fd.nl>).

7. Zie de website van het ministerie van Economische Zaken (<www.minez.nl>).

8. Stb. 2007, 13.

Mede naar aanleiding van voornoemde recente ontwikkelingen beoogt deze bijdrage inzicht te verschaffen in de werking van het groepsverbod, het te plaatsen in de bredere discussie over onafhankelijk netbeheer en de (feitelijke) consequenties ervan te beschrijven voor de Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven. Daartoe zullen in het hiernavolgende achtereenvolgens aan de orde komen (1) de achtergrond en doelstelling van de Wet onafhankelijk netbeheer, (2) de eis dat de netbeheerder over de economische eigendom van de netten dient te beschikken, (3) een nadere analyse van het groepsverbod, en (4) het tijdpad voor de inwerkingtreding van de diverse bepalingen.

Achtergrond en doelstelling Wet onafhankelijk netbeheer

De invulling van de Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van energievoorziening is in sterke mate beïnvloed door Europese richtlijnen. Uitgangspunt daarbij is steeds geweest het streven naar liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt in de Europese Unie. Dit streven is in gang gezet met de inwerkingtreding van de eerste Europese richtlijnen met als doel de totstandbrenging van een interne markt voor elektriciteit en gas.⁹ Deze richtlijnen zijn in Nederland in 1998 en in 2000 geïmplementeerd in de E-wet respectievelijk de G-wet. Vanaf dat moment zijn de Nederlandse energiebedrijven dus reeds onderworpen aan regelingen ter bevordering van een onafhankelijk netbeheer.

In 2003 is vervolgens een tweede reeks Europese richtlijnen aangenomen.¹⁰ Het doel van deze richtlijnen was het versnellen en verbeteren van de totstandkoming van een interne markt voor elektriciteit en gas en de publieke belangen ten aanzien van energievoorziening verder te waarborgen. Deze richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd bij de Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer (de I&I-wet).¹¹ In de I&I-wet is, in aanvulling op de Europese richtlijnen, het reeds eerdergenoemde vereiste opgenomen dat de netbeheerder over de economische eigendom dient te beschikken van het door hem beheerde net.

9. Richtlijn nr. 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PbEG 1997, L 27) en Richtlijn nr. 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PbEG 1998, L 204).

10. Richtlijn nr. 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt van elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn nr. 96/92/EG (PbEG 2003, L 176) en Richtlijn nr. 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn nr. 98/30/EG (PbEG 2003, L 176).

11. Stb. 2004, 328.

Volgens de minister vergroot deze eis ten aanzien van de economische eigendom van de netten wel de zelfstandigheid van de netbeheerder, maar nog niet de onafhankelijkheid van de netbeheerder ten opzichte van de overige (commerciële) activiteiten van de geïntegreerde energiebedrijven.¹² Om ook de (door de minister gewenste mate van) onafhankelijkheid van de netbeheerder te bewerkstelligen is in de Wet onafhankelijk netbeheer, eveneens in aanvulling op voornoemde Europese richtlijnen, het hierna nader te bespreken groepsverbod opgenomen. Eerst zal echter worden ingegaan op het vereiste dat de economische eigendom van de netten bij de netbeheerder dient te berusten.

Overdracht economische eigendom netten

Voor een goed begrip van de diverse door de Wet onafhankelijk netbeheer en de I&I-wet geïntroduceerde maatregelen ter waarborging van een onafhankelijk netbeheer wordt hier voor de volledigheid kort de huidige structuur uiteengezet van de Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven, zoals Essent, Nuon, Eneco en Delta. In de huidige situatie zijn de commerciële activiteiten (productie, levering en handel) en de netbeheeractiviteiten als verschillende bedrijfsonderdelen gestructureerd onder één en dezelfde holding. De aandeelhouders in deze holding zijn Nederlandse gemeentes en provincies. De economische (en juridische) eigendom van de netten wordt in de huidige situatie doorgaans niet gehouden door de netbeheerder zelf, maar door één of meer andere groepsmaatschappijen van de geïntegreerde energiebedrijven.

Op grond van artikel I, onderdeel I en artikel II, onderdeel E I&I-wet wordt aan de E-wet en de G-wet een bepaling toegevoegd (art. 10b E-wet resp. art. 2c G-wet) die erin voorziet dat de netbeheerders (met uitzondering van TenneT als netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet) dienen te beschikken over de economische eigendom van de door hen beheerde netten. Uit de in de I&I-wet opgenomen definitie van 'economische eigendom' volgt dat hiervan sprake is indien de netbeheerder over alle rechten en bevoegdheden met betrekking tot het net beschikt, met uitzondering van het recht op levering van de juridische eigendom van het net. Als gevolg hiervan is de juridische eigendom van de netten bloot eigendom geworden. In deze situatie is het volgens de minister vanuit een oogpunt van onafhankelijk netbeheer niet noodzakelijk om ook de juridische eigendom van de netten onder te brengen bij de netbeheerder.¹³ De juridische eigendom kan dus (en wordt doorgaans ook) door één of meer andere groepsmaatschappijen van de geïntegreerde energiebedrijven gehouden.

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, meent de minister dat de eis ten aanzien van de economische eigendom van de netten een *zelfstandig* beheer van de netten door de net-

beheerder vergroot, maar dat deze regeling als zodanig onvoldoende is om een *onafhankelijk* netbeheer te bewerkstelligen. Binnen het wettelijk systeem van de E-wet en de G-wet is daartoe volgens de minister vereist dat (ook) het groepsverbod in werking treedt.¹⁴

Groepsverbod

Een van de meest belangrijke (en tegelijk een van de meest omstreden) bepalingen in de Wet onafhankelijk netbeheer is de bepaling die het groepsverbod bevat. Het groepsverbod zoals neergelegd in artikel IB en IIB van de Wet onafhankelijk netbeheer bestaat uit de volgende drie elementen:

1. Een netbeheerder mag geen onderdeel uitmaken van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert of levert of daarin handelt (art. 10b lid 1 E-wet en art. 2c lid 1 G-wet).
2. Een groepsmaatschappij van een producent of leverancier in elektriciteit of gas of van een handelaar daarin mag geen aandelen houden in een netbeheerder of in een groepsmaatschappij van een netbeheerder en mag niet deelnemen in een groepsmaatschappij van een netbeheerder (art. 10b lid 2 E-wet en art. 2c lid 2 G-wet).
3. Een (groepsmaatschappij van een) netbeheerder mag geen aandelen houden in en mag niet deelnemen in een (groepsmaatschappij van een) producent of leverancier van elektriciteit of gas of in een (groepsmaatschappij van een) handelaar daarin (art. 10b lid 3 E-wet en art. 2c lid 3 G-wet).

De begrippen 'groep' en 'groepsmaatschappij', zoals die worden gehanteerd in de tekst van het groepsverbod, hebben de betekenis die aan deze begrippen wordt toegekend in artikel 2:24b BW. Op grond van dit artikel is sprake van een groep bij economische eenheid en organisatorische verbondenheid. Tevens is in dat verband vereist dat binnen deze organisatorische verbondenheid vanuit de top (daadwerkelijk) centrale leiding wordt uitgeoefend over de groepsmaatschappijen.¹⁵

Gelet op artikel 2:1 BW zijn de begrippen 'groep' en 'groepsmaatschappij' niet van toepassing op de huidige publieke aandeelhouders van de geïntegreerde energiebedrijven (de gemeentes en provincies) en ook overigens valt moeilijk in te zien op welke wijze gemeentes en provincies onderdeel zouden kunnen uitmaken van een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Omdat B.V. Netbeheer Haarlemmermeer, Obragas Net N.V. en Intergas Netbeheer B.V. (ook) niet-publieke (indirecte) aandeelhouders hebben, is in dit verband in artikel IX Wov voorzien in een overgangsregeling.

12. Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 6-7.

13. Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 12.

14. Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 6-7.

15. Vgl. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 608.

Het voorgaande resumerend is het van belang vast te stellen dat het na inwerkingtreding van het groepsverbod onmogelijk zal zijn voor Nederlandse producenten, leveranciers en handelaren enerzijds en netbeheerders anderzijds directe of indirecte invloed op elkaar uit te oefenen. Concreet heeft dit tot gevolg dat de huidige Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven op holdingniveau zullen moeten opsplitsen. Waar in de huidige situatie de productie-, leverings- en handelsactiviteiten enerzijds en het netbeheer anderzijds onder één en dezelfde holding zijn gestructureerd, zullen na inwerkingtreding van het groepsverbod twee typen bedrijven dan wel groepen van bedrijven komen te ressorteren onder de huidige aandeelhouders van de (holding van de) thans geïntegreerde energiebedrijven: enerzijds een netbeheerder of een groep waartoe een netbeheerder behoort, en anderzijds een groep waarbinnen productie-, leverings- en handelsactiviteiten zullen plaatsvinden.

Het spreekt vanzelf dat de inwerkingtreding van het groepsverbod aanzienlijke consequenties heeft voor de huidige geïntegreerde energiebedrijven. De uitvoering van zowel de overdracht van de economische eigendom van de netten als de splitsing vergt aanzienlijke voorbereidingstijd. Daarom is het moment dat de energiebedrijven aan deze vereisten moeten voldoen, van groot belang voor deze bedrijven. In dit verband is tevens van belang dat de energiebedrijven op grond van artikel IXa en IXb Won niet alle kosten in verband met de naleving van de bepalingen in de E-wet en de G-wet over onafhankelijk netbeheer (waaronder de herstructureeringskosten als gevolg van de verplichte splitsing) mogen doorberekenen aan hun afnemers.

Tijdpad inwerkingtreding

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, treden de bepalingen van de Wet onafhankelijk netbeheer en de I&I-wet in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip dat voor de diverse bepalingen (of onderdelen daarvan) verschillend kan worden vastgesteld.

Bij koninklijk besluit van 28 december 2006 heeft de minister 1 januari 2008 als inwerkingtredingsdatum vastgesteld voor het vereiste dat de economische eigendom van de netten bij de netbeheerder moet berusten. Na 1 januari 2008 zullen netbeheerders die voor die tijd nog niet als zodanig zijn aangewezen, per direct aan dit vereiste moeten voldoen. Voor netbeheerders die reeds voor 1 januari 2008 zijn aangewezen als netbeheerders geldt op grond van artikel VII I&I-wet een overgangstermijn van zes maanden. Artikel III Won wijzigt deze termijn in tweeënhalf jaar. Artikel III Won is echter nog niet in werking getreden en zal volgens de toelichting bij het ontwerp-besluit inzake de inwerkingtreding van het groepsverbod ook nooit in werking treden. De huidige Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven zullen *de facto* dus per 1 juli 2008 aan het vereiste ten aanzien van de economische eigendom van de netten moeten voldoen.

In het ontwerp-besluit ten aanzien van de inwerkingtreding van het groepsverbod wordt 1 augustus 2007 als inwerkingtredingsdatum genoemd.¹⁶ In artikel VIII van de Wet onafhankelijk netbeheer is in dit verband een overgangstermijn van tweeënhalf jaar opgenomen voor de huidige geïntegreerde energiebedrijven. Uitgaande van 1 augustus 2007 als inwerkingtredingsdatum van het groepsverbod zullen de huidige Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven *de facto* dus per 1 februari 2010 aan het groepsverbod moeten voldoen.

De discrepantie tussen de tijdstippen waarop de huidige geïntegreerde energiebedrijven feitelijk aan de bepalingen ten aanzien van de economische eigendom van de netten enerzijds en het groepsverbod anderzijds moeten voldoen, strookt niet met het oorspronkelijke standpunt van de minister in dat verband. Uit de memorie van toelichting bij de Wet onafhankelijk netbeheer volgt namelijk dat, om te voorkomen dat de geïntegreerde energiebedrijven in een betrekkelijk kort tijdsbestek twee keer moeten herstructureren, ernaar zal worden gestreefd het tijdstip waarop de economische eigendom van de netten bij de netbeheerder moet berusten en het tijdstip dat de splitsing moet zijn geëffectueerd, te laten samenvallen.¹⁷ Thans is onduidelijk wat de achtergrond is van deze (kennelijke) beleidswijziging en waarom van de geïntegreerde energiebedrijven nu wel gevraagd kan worden om in korte tijd twee keer te herstructureren. Ongetwijfeld zal een en ander door de betrokken partijen nog aan de orde worden gesteld.

Conclusie

Naar het zich thans laat aanzien, zal binnen afzienbare tijd een koninklijk besluit worden genomen waarin een datum voor de inwerkingtreding van het in de Wet onafhankelijk netbeheer neergelegde groepsverbod zal worden vastgesteld. Eerder is al besloten dat het vereiste dat de economische eigendom van de netten bij de netbeheerder dient te berusten, in werking zal treden.

De inwerkingtreding van het groepsverbod zal ertoe leiden dat de huidige geïntegreerde energiebedrijven feitelijk moeten splitsen en dat onder de huidige aandeelhouders (de gemeentes en provincies) van de (nochtans) geïntegreerde energiebedrijven voortaan enerzijds een netbeheerder komt te hangen en anderzijds een groep waarbinnen productie-, leverings- en handelsactiviteiten zullen plaatsvinden.

Gelet op de niet geringe consequenties van voornoemde regelingen voor de geïntegreerde energiebedrijven is voorzien in een overgangstermijn. Op grond van de huidige stand van zaken, waarbij de tijdstippen waarop moet zijn voldaan aan het vereiste ten aanzien van de economische eigendom

16. Het ontwerp-besluit is beschikbaar op website van het ministerie van Economische Zaken (<www.minez.nl>).

17. Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 11.

enerzijds en het groepsverbod anderzijds niet parallel lopen, worden de geïntegreerde energiebedrijven feitelijk gedwongen twee keer te herstructureren in een relatief kort tijdsbestek. Hierover zal verdere discussie volgen.

Mr. D.N. Heeger
Allen & Overy