

Verdeel en Heers

Barbara Baarsma, Michiel de Nooij, Weero Koster en Cecilia van der Weijden

Deze discussiebijdrage weegt de beschikbare economische en juridische argumenten die een rol spelen in het actuele debat over de splitsing van energiebedrijven, toegespitst op de elektriciteitsnetten. De auteurs betogen dat er onvoldoende gegevens voorhanden zijn om splitsing vanuit welvaartsoogpunt te ondersteunen. Ook de juridische noodzaak en legitimatie achten zij onvoldoende (van de redactie).

Machiavelli (1469-1527) ontwierp een machtsleer met als motto 'verdeel en heers'. Volgens deze leer heeft de vorst absolute macht en zijn alle middelen geheiligd voor het behouden en vergroten van de overheidsmacht. De huidige splitsingsdiscussie kan tegen de achtergrond van deze leer worden gezien als een voorbeeld van verdeel en heers, waarbij de minister van Economische Zaken een centrale rol speelt. Het is echter maar de vraag of burgers daar gelukkiger van worden. En juist dat laatste is nu, in tegenstelling tot de tijd van Machiavelli, het doel van de overheid.

In maart 2004 kondigde minister Brinkhorst van Economische Zaken (EZ) aan de Nederlandse energiebedrijven te willen splitsen in een netbedrijf en een bedrijf, waarin de overige activiteiten van de energiebedrijven zijn ondergebracht. Hiertoe heeft de minister op 11 oktober 2004 een plan van aanpak naar de Tweede Kamer gestuurd. Dit voorstel wordt momenteel verder uitgewerkt. De splitsing moet uiterlijk op 1 januari 2007 zijn gerealiseerd.

Dit artikel bespreekt de economische en juridische voor- en nadelen van het splitsingsvoorstel. Hierbij ligt de focus op de elektriciteitsmarkt, al geldt de analyse grotendeels ook voor het gasnet. Gezien de complexiteit van deze materie zijn wij genoodzaakt ons in dit artikel te beperken tot een beknopte behandeling van de relevante vraagstukken. Voor een meer gedetailleerde uitwerking wordt verwezen naar het uitgebreidere advies, waarop dit artikel is gebaseerd (zie Baarsma

e.a. 2004b). Voordat de economische en juridische aspecten van splitsen worden besproken (respectievelijk in paragraaf 1 en 2), worden eerst kort de focus van dit artikel, de verschillende vormen van splitsen en de diverse reacties op het splitsingsvoorstel besproken.

Focus van het artikel. Dit artikel is beperkter van aard dan we nastreefden. Zowel op economisch als op juridisch gebied bleek het niet mogelijk om tot een volledige conclusie te komen. Zo is het met de nu in het publieke domein bekende gegevens onmogelijk om de kosten en baten van het voorstel van de minister en van de alternatieven scherp in kaart te brengen. Het is daarmee onmogelijk om aan te geven of het overheidsbeleid wel welvaartsverhogend is. Er valt dan ook niet aan te tonen of het beleid goed is voor Nederland, niet door ons, niet door de minister aan de Tweede Kamer die het controleert, en niet door de politiek aan de burger. Onze bijdrage is dan ook het disciplineren van de splitsingsdiscussie door de voor- en nadelen op een rij te zetten. Tevens tonen we aan dat het beleid wordt gevoerd voordat duidelijk is of dat beleid wel het juiste beleid is, terwijl het mogelijk verstrekkende gevolgen heeft.

Splitsen. Het debat gaat over hét splitsen van de netbedrijven. Er is echter niet één, maar er zijn drie vormen van splitsen:

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

Administratieve splitsing gaat het minst ver en eigendomssplitsing het verst. In Nederland is op dit moment sprake van juridische splitsing (dit als gevolg van een Europese Richtlijn die juridische splitsing voorschrijft, maar uitdrukkelijk geen eigendomssplitsing¹). Neder-

land wil nu een stap verder gaan en overgaan tot eigendomssplitsing. In het huidige splitsingsdebat wordt met splitsen de overgang van juridische splitsing naar eigendomsplitsing bedoeld. Wij volgen dit taalgebruik. Dit artikel gaat dus over verdere splitsing, maar we zullen ook aandacht besteden aan betere juridische splitsing, omdat voor het vaststellen van de kosten en de baten de keuze van het alternatief belangrijk is. Juridische splitsing en beter vormgegeven juridische splitsing zijn alternatieven ten opzichte van eigendomssplitsing.

Vele standpunten. Over de wenselijkheid van splitsing (dus een overgang van juridische splitsing naar eigendomssplitsing), verschillen de meningen. Het aantal standpunten is te groot om deze allemaal in dit artikel te kunnen behandelen met een detailniveau dat ze recht doet. Daarvoor verwijzen we naar Baarsma e.a. (2004 b). Hieronder geven we een beknopt overzicht van de breedte van de standpunten.

Buiten de Tweede Kamer heeft de minister van EZ tot op heden de volgende medestanders gevonden voor zijn splitsingsvoorstel. De voornaamste medestanders zijn de energietoezichthouder DTe, de Consumentenbond en het MKB. Energiehandelaren, verenigd in Voeg, zijn ook positief. Daarnaast zijn positieve geluiden te horen van onderzoekers bij Andersson Elffers Felix, SEOR/Ecri en het Centraal Planbureau. Ten slotte is er ook steun uit wetenschappelijke hoek (Newberry). De tegenstanders zijn ook talrijk. Binnen de politiek heeft het CDA zich tegen het voorstel gekeerd. De sector (energiebedrijven, EnergieNed), de Algemene Energieraad en veel van de huidige aandeelhouders (gemeenten en provincies) zijn eveneens tegen. Niet alleen de werkgevers, maar ook de bonden zijn tegen. Ten slotte, zijn ook uit de wetenschappelijke hoek (Van Damme en Kanning, Pollit) en de advocatuur (Schaap en Jitta) kritische kanttekeningen te horen. Ook de conclu-

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

sie van dit artikel is dat het vooralsnog geen verstandig idee is. Hiervoor worden economische en juridische argumenten aangedragen, die een plaats verdienen in een integrale en evenwichtige afweging van de vraag of splitsing wel of niet gewenst is. Zonder expliciete afweging van kosten en baten is splitsing in onze ogen onverstandig.

1 De economie van splitsen

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de economische argumenten voor respectievelijk tegen volledige splitsing. Onderstaande analyse is onder meer gebaseerd op economische vakliteratuur en beleidsrapporten.²

Voordelen. Het belangrijkste potentiële voordeel van splitsen is het creëren van een gelijk speelveld voor de leveringsbedrijven. Door het bezit van het net als *essential facility* kan het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf het eigen leveringsbedrijf bevoordelen. Toetreding van andere leveranciers kan worden bemoeilijkt door te hoge tarieven voor toegang te hanteren (*raising rivals' costs*) en door commercieel gevoelige informatie over de concurrent, waarover de geïntegreerde netbeheerder bij de uitvoering van zijn taken de beschikking krijgt, ten gunste van het eigen leveringsbedrijf te gebruiken. Ook kan een geïntegreerd energiebedrijf het leveringsbedrijf steunen met kruissubsidies uit het netbedrijf. Zo bestaat de mogelijkheid om goedkope leningen aan te trekken met het net als onderpand. Dergelijke praktijken worden door splitsing tegengegaan.

Hoe groot dit voordeel is, hangt af van de mate van verstoring van de concurrentie door een ongelijk speelveld, hoe goed splitsing dit oplost en welke andere minder ingrijpende alternatieven er zijn. Sommige vormen van het bevoordelen van het 'eigen' leveringsbedrijf zijn niet of zeer moeilijk mogelijk. Zo mogen netbedrijven hun eigen leveringsbedrijf niet bevoordelen met een lager tarief dan het toetreders in rekening brengt. Echter, andere vormen van bevoordeling kunnen nog wel. Zo is het net als onderpand voor goedkope leningen een serieus voordeel dat geïntegreerde bedrijven hebben ten opzichte van nieuw opgerichte leveringsbedrijven (zoals Oxxio, het vroegere energiebedrijf.com). Dit is ech-

² Martin (2001), Perry (1989), Tirole (1988), OECD (2003).

ter geen voordeel ten opzichte van grote buitenlandse bedrijven die misschien tot de Nederlandse markt toetreden. Als de Nederlandse bedrijven splitsen dan kan bijvoorbeeld Electricité de France (het grootste elektriciteitsbedrijf van Europa) het eigen net gebruiken als onderpand, terwijl de Nederlandse bedrijven dat niet kunnen. Splitsen zorgt daarmee wel voor een binnenlands gelijk speelveld, maar dit gaat ten koste van het gelijke speelveld in Europa.³

Een ander voorbeeld van subsidiëring van de leveringsbedrijven door de netbedrijven is het feit dat deze bedrijven dezelfde naam hebben, hetgeen marketingtechnisch een voordeel is.

Ook alternatieven om op een andere manier tot een gelijk speelveld te komen zijn belangrijk. Zo zijn kruissubsidiëring en het doorgeven van commerciële informatie onder de huidige wetgeving niet toegestaan. De kans op kruissubsidiëring wordt bovendien nog eens drastisch verkleind door prijsregulering van de nettarieven. Kruissubsidiëring is immers alleen mogelijk als de transportdiensten te hoog geprijsd zijn, en de afgelopen jaren zijn deze transportdiensten sterk in prijs gedaald. Volgens Nillessen en Pollit (2004) zijn door de prijsregulering de distributietarieven van elektriciteit in de afgelopen jaren met 200 miljoen euro gekort. DTe (2004) schat deze reductie veel groter in, namelijk 1,4 miljard euro. Ook lijkt het erop dat – in tegenstelling tot landen als Duitsland en Spanje – bestaande wet- en regelgeving de toegang tot gas- en elektriciteitsnetten reeds goed afdwingt. Het gebruik van het net

3 Het effect van splitsen op het speelveld is dus afhankelijk van de afbakening van de relevante markt. De minister ziet Nederland als de relevante markt en de energiebedrijven zien de relevante markt veel ruimer, namelijk (een groot deel van) Europa. Voor een goed besluit is een goed onderbouwde marktafbakening van groot belang – maar helaas ontbreekt een dergelijke afbakening tot op heden. NMa heeft in 2002 (NMa 2002) een Notitie geschreven over concentraties in de energiesector, waarbij de marktafbakening vooralsnog werd beperkt tot de Nederlandse markt. Hierbij zijn twee opmerkingen te maken. Ten eerste is deze afbakening reeds twee jaar oud, wat in de snel veranderende elektriciteitsmarkt te oud kan zijn. Maar belangrijker nog is dat de aandacht vooral ging naar de productie en dat de netten heel weinig aandacht kregen, omdat dit (regionale) monopolies zijn waar geen mededinging mogelijk is. De afbakening is dus niet met het oog op de splitsingsproblematiek gemaakt, en is daarom niet bruikbaar. NMa hield ook bij de beoordeling van de overname zaak van Nuon-Reliant vast aan deze enge marktafbakening.

als onderpand is reeds in de I&I-wet sterk ingeperkt (zie paragraaf 2). Ook om marketingtechnische bevoordeling te voorkomen, lijkt splitsing niet nodig, maar lijkt regelgeving die dit tegengaat mogelijk. Dat hiervoor nog substantiële mogelijkheden zijn, blijkt ook uit een advies van DTe aan de minister van Economische Zaken over de taken die een netbeheerder na de splitsing zou moeten uitvoeren (DTe, 2005). DTe constateert dat de netbeheerders meer taken rond het net zelf zouden moeten uitvoeren en minder zouden moeten uitbesteden aan andere bedrijven in de holding, dan nu het geval is. Er is een omslag nodig van magere naar vette netbeheerders. DTe geeft aan dat dit ook gewenst is als de splitsing toch niet door mocht gaan.

Een tweede voordeel van splitsen is de vereenvoudiging van markt- en bedrijfsstructuren. Dit heeft zowel voordelen voor marktpartijen, die een betere inschatting kunnen maken van de winstgevendheid van hun plannen, als voordelen voor de regulator. Het toezicht kan beperkter en dus goedkoper worden, omdat er niet langer een motief is voor het netbedrijf om het leveringsbedrijf te bevoordelen (ze maken immers geen deel meer uit van hetzelfde concern). Waarschijnlijk zal het toezicht ook verbeteren. De huidige informatie-achterstand van de regulator ten opzichte van de markt neemt af door splitsing waardoor de kwaliteit van de regulering toe kan nemen (proactiever wordt). In dat geval leidt splitsing tot betere regulering. Of dit echt zo is, is niet helemaal zeker. De zwaarte van dit voordeel hangt samen met het vertrouwen dat men heeft in de toezichthoudbaarheid van de Nederlandse elektriciteitssector. Anderzijds zou het ook zo kunnen zijn dat marktrelaties tussen concurrerende en monopolistische segmenten van de markt door splitsing juist ingewikkelder worden (Gómez-Ibáñez 2003). Daarnaast zal de overheid moeten voorkomen dat de gesplitste bedrijven opnieuw verticaal integreren of in bezit komen van één bedrijf. Dit vereist regulering van, en toezicht op overdraagbaarheid van aandelen van net- én leveringsbedrijven. Per saldo lijkt er wel sprake te zijn van een voordeel.

Een derde voordeel van splitsen is dat, zo stelt Brinkhorst in zijn brief, lagere overheden zich na de splitsing kunnen terugtrekken uit de commerciële leveringsactiviteiten en kunnen beschikken over een deel van hun financiële middelen die nu vast zitten in de energiebedrijven. Terugtrekken uit de commerciële activiteiten is verstandig voor de lagere overheden, omdat ze daar immers marktrisico's lopen die ze volgens de Wet Financiering lagere overheden (Fido) niet meer mogen aangaan. Met het benadrukken van dit voordeel van het vrijkomen de financiële midde-

len loopt de minister echter vooruit op een eventuele privatisering. Het leveringsbedrijf mogen provincies en gemeenten (vermoedelijk) verkopen, terwijl ze een deel van het eigen vermogen in de netbedrijven mogen vervangen door vreemd vermogen (herkapitalisatie). Impliciet wordt daarmee dus gezegd dat lagere overheden een deel van hun vermogen niet mogen verkopen. Cruciaal voor een goed begrip van dit argument is dat gemeenten nu hun bezit (het energiebedrijf) niet mogen verkopen, omdat de minister van Economische Zaken dat zelf heeft verboden. Dit om te voorkomen dat geïntegreerde bedrijven mogelijk in buitenlandse handen vallen. Na splitsing mag het van dezelfde minister (deels) wel. Het gaat dus om een kunstmatig gecreëerd voordeel, de minister zou ook nu al toestemming voor privatisering kunnen geven, en het is voor de gemeenten een sigaar uit eigen doos, omdat ze over hun eigen bezit mogen beschikken.

Ten slotte verwacht de minister dat splitsing de leveringszekerheid ten goede komt.⁴ Splitsing zou onderinvestering in netten voorkomen. Hierbij zijn twee kanttekeningen van belang. Ten eerste is het de vraag of er zonder splitsing wel sprake is van onderinvesteringen. Momenteel weet niemand (inclusief de minister) of een toename van het aantal storingsminuten betekent dat er sprake is van een verslechtering. Het aantal storingsminuten is momenteel laag (gemiddeld minder dan 30 minuten per jaar), terwijl er wel substantiële kosten voor het netbeheer gemaakt worden. Het streven zou moeten zijn een optimaal niveau van leveringszekerheid (het storingsniveau waarbij de (marginale) maatschappelijke baten van minder storingsminuten gelijk zijn aan de marginale kosten voor netbedrijven om dit te bereiken), in plaats van een zo groot mogelijke leveringszekerheid.⁵

4 Zie bijlage 2 van de splitsingsbrief (minister van Economische Zaken 2004a): 'De huidige positionering van het netbeheer binnen de energiebedrijven draagt het risico van onderinvesteringen in de netten in zich. Dit omdat de stabiele kasstroom uit de netwerkbedrijven kan worden aangewend voor commerciële investeringen met een relatief hoog investeringsrisico. In het geval een investering mislukt, kan er onvoldoende geld in de netten worden geïnvesteerd.'

5 De maatschappelijke kosten van het huidige storingsniveau (eens in de vier jaar een onderbreking van twee uur) zijn ruwweg 50 tot 100 miljoen euro. Deze kosten zijn in vergelijking met de totale jaarlijkse kosten van het elektriciteitsnet van ongeveer twee miljard euro, niet groot. Het zou dus kunnen dat we gelukkiger worden met een wat lager kwaliteitsniveau en een lagere elektriciteitsrekening. Voor de maatschappelijke kosten van de stroomonderbrekingen zie: Baarsma e.a. (2004a) en Bijvoert e.a. (2004).

Ten tweede heeft DTe ter waarborging van de leveringszekerheid per 1 januari 2005 (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2004) kwaliteitsregulering geïntroduceerd (DTe, 2004). Hierbij moeten netbeheerders die meer onderbrekingen hebben dan de door DTe vastgestelde norm lagere tarieven aan hun afnemers berekenen. Scoort een netbeheerder beter dan de norm, dan mag hij zijn tarieven verhogen. De mate van tariefaanpassing is gebaseerd op de schade die consumenten bij een onderbreking ondervinden. Op deze manier kunnen netbeheerders extra investeringen financieren, mits hun kosten minder zijn dan de vermeden maatschappelijke schade. Onderinvesteren is dus niet aantrekkelijk, omdat dit ten koste gaat van de opbrengst. Deze kwaliteitsregulering heeft het externe effect (de stroomonderbrekingen) geïnternaliseerd en daardoor is het in het belang van de netbedrijven om een maatschappelijk optimaal storingsniveau na te streven. Dit fungeert goed als de kwaliteitsregulering goed ontworpen is en bedrijven reageren op prikkels. Waarom dit laatste niet het geval zou zijn en er derhalve een verdergaande maatregel als splitsing nodig zou zijn, is niet duidelijk. Bovendien is niet duidelijk of in dat geval met splitsing wel het gewenste doel bereikt zal worden.

Nadelen. Een eerste belangrijk nadeel van splitsen is dat het (hoge) kosten veroorzaakt. Te denken valt aan uitgaven voor juridische, notariële en accountantsdiensten. Zo schat Essent de kosten van splitsing op 100 miljoen euro in het eerste jaar en 75 miljoen euro in de jaren daarna. De eenmalige kosten zouden dan circa 25 miljoen euro bedragen. Nuon schat deze kosten van splitsen op een miljard euro.⁶ Ook kan het verminderen van de kredietwaardigheid van de afgesplitste handelsbedrijven tot hogere kapitaalkosten leiden.

Een andere belangrijke eenmalige kostenpost houdt verband met het effect van de verandering van de eigendomsstructuur op de ten aanzien van de meeste netten bestaande cross border leases. De cross border leases zijn constructies waarbij de netbedrijven de netten aan Amerikaanse investeerders hebben verkocht en teruggehuurd voor lange termijn. De Amerikaanse investeerder geniet hierdoor een fors belastingvoordeel, de netbeheerder deelt hierin mee en de consument betaalt hierdoor een lagere

6 Nuon schat dat de splitsing 1,5 miljard euro kost, waarvan 500 miljoen euro voor het heronderhandelen van de cross border leases. Aangehaald in Nillesen en Pollitt (2004).

stroomrekening. Splitsing kan betekenen dat de bedrijven deze contracten moeten afkopen. Het ministerie en de energiebedrijven schatten deze kostenpost anders in. Bedrijven zien potentieel zeer grote schades (tot enkele miljarden), terwijl de overheid denkt dat dit wel meevalt. Wie hierin gelijk heeft, is momenteel niet te zeggen. Echter, gezien de bedragen waar het mogelijk om gaat, lijkt het verstandig om, voordat het beleid wordt ingezet, de (vermeende) kosten in te perken of aan te tonen dat deze gering zijn. Voorzover deze (vermeende) kosten ten laste van de afgesplitste netbedrijven komen, zal dit leiden tot hogere distributiekosten. Bij gebrek aan volkomen concurrentie op de leveringsmarkt zullen de overige kosten eveneens gedeeltelijk ten laste van de consument komen. Bovendien zal het dividend dat decentrale overheden als aandeelhouder ontvangen of de overnameprijs die zij bij verkoop ontvangen hierdoor verminderen, wat zal leiden tot hogere lokale belastingen of minder lokale dienstverlening, zodat ook deze kosten ten slotte weer bij de burger terecht komen.

Een tweede potentieel nadeel is het verlies van synergie (*economies of scope*). Deze breedte- of assortimentsvoordelen treden op indien de 'incrementele' kosten voor een tweede dienst via hetzelfde net kleiner zijn indien de eerste dienst al wordt aangeboden of als er synergie effecten zijn tussen net-, leverings- en productiegerelateerde activiteiten. Of en hoe groot deze synergie-effecten van verticale integratie in de elektriciteitsmarkt zijn, is onduidelijk. De meningen hierover verschillen. Essent en Nuon stellen dat splitsing hoge structurele kosten met zich meebrengt⁷, waarmee zij deels op het verlies aan synergievoordelen doelen. Van Damme en Kanning (2004) zien eveneens verlies aan synergievoordelen als gevolg van splitsing. De minister verwacht weinig verlies van synergievoordelen, omdat de huidige regelgeving ten aanzien van de onafhankelijkheid van de netbedrijven synergievoordelen al beperkt. Andersson Elffers Felix (Veraart 2003) ziet weinig synergievoordelen, omdat de verkoop van stroom en het beheer en onderhoud van netten geheel andere bedrijfsprocessen zijn.

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

Een derde nadeel van splitsen, en gerelateerd aan het verlies aan synergie, zijn de hogere transactiekosten die door splitsing mogelijk ontstaan (Perry 1989). Zo kunnen de kosten van het zoeken naar geschikte wederpartijen, acquisitiekosten en kosten van het opstellen van contracten toenemen. Bij verticale integratie worden deze transactiekosten vervangen door interne transactiekosten binnen het bedrijf. Het is aannemelijk dat de interne transactiekosten binnen een geïntegreerd bedrijf lager zijn, omdat men elkaar kent en gewend is om samen te werken. CDA-kamerlid Jos Hessels vreest dat de splitsing mogelijk dit effect heeft, maar is hier nog onzeker over omdat de splitsingswet nog niet bekend is (Op het Veld, 2005). De omvang van dit nadeel lijkt beperkt te zijn, omdat de netten en de levering nu reeds in afzonderlijke bedrijven van dezelfde holding zijn ondergebracht en DTe adviseert om – ook als er niet wordt gesplitst – netbeheerders minder taken te laten uitbesteden aan andere bedrijven in de holding.

Een vierde potentieel nadeel is dat de Nederlandse bedrijven door de splitsing mogelijk sneller overgenomen worden door buitenlandse bedrijven. Geïntegreerde bedrijven zijn groter en financieel sterker (het net is een stabiele inkomstenbron). Dit is voor de bestaande bedrijven een bescherming tegen buitenlandse overnames. Dit argument wordt in de politiek veelal gebracht als economisch, maar in wezen is het vooral een politiek argument. Het is de vraag of de bedrijven door splitsing inderdaad sneller overgenomen worden, en of het erg is als de distributiebedrijven en/of leverings- en productiebedrijven in buitenlandse handen vallen. Dit kan gevolgen hebben voor de leveringszekerheid, de bedrijven en de medewerkers. Gesteld wordt dat buitenlandse bedrijven het Nederlandse belang door de bril van hun verlies- en winstrekening zien en zich vanwege hun buitenlandse wortels niet zozeer op de Nederlandse leveringszekerheid zullen richten. Echter, dit veronderstelt dat buitenlandse bedrijven zich als rationele bedrijven gedragen (en de Nederlandse niet) en dat er geen goede prikkels zijn om een optimaal storingsniveau na te streven. Daarnaast kunnen overnames door buitenlandse bedrijven nadelige gevolgen hebben voor de werkgelegenheid, zowel bij de energiebedrijven als bij de toeleverende bedrijven. In zoverre dit een rol speelt, sluit dit argument aan bij de gedachten waarop ook de Nederlandse industriepolitiek is gebaseerd: door te zorgen dat het goed gaat met Nederlandse bedrijven, stimuleert de overheid ook de Nederlandse economie.

Als vijfde nadeel kan genoemd worden dat het splitsingsvoorstel verder gaat dan verplicht is door Europese richtlijnen.⁸ Dit gaat in tegen het algemene Nederlandse uitgangspunt dat de implementatie van EU richtlijnen niet verder gaat dan strikt noodzakelijk.⁹ Dit is geen nadeel voor de elektriciteitsbedrijven, maar voor het Nederlandse bedrijfsleven als geheel, omdat het afwijken van deze beleidslijn betekent dat er voor bedrijven meer onzekerheid is over te verwachten overheidsingrijpen. Deze onzekerheid heeft een negatief effect op de investeringen.

De economische theorie geeft ten slotte nog een zesde nadeel van splitsing, doordat de gesplitste bedrijven mogelijk beide een marge (winstopslag) in rekening brengen. Bij gebrek aan concurrentie wordt de prijs van het product in iedere fase van de productieketen te hoog gezet.¹⁰ Dit wordt *double marginalisation* (dubbele marginalisering) genoemd. Door de te hoge prijs is de productie minder dan maatschappelijk wenselijk. Bij verticale integratie is de totale marge en prijs lager, terwijl de afzet, het producenten- en het consumentensurplus groter zijn. Marktmacht is hiervoor noodzakelijk. Volgens velen hebben de drie grote spelers op de leveringsmarkt (Nuon, Essent en Eneco met een gezamenlijk marktaandeel van 85 procent op de markt voor levering aan kleinverbruikers) een machtspositie en zou zich dit gevaar kunnen voordoen. Echter, in de praktijk zal dit effect waarschijnlijk meevallen, gezien het feit dat de nettarieven gereguleerd worden.

8 Het ministerie van Economische Zaken beaamt dit. Maar de minister geeft aan dat tijdens gesprekken met diverse Europese beslissers steun is uitgesproken voor zijn voorstellen om verdergaand te splitsen dan vanuit Europees perspectief verplicht is. Het ministerie geeft aan dat in andere landen (vooral het VK) deels ook gesplitst hebben. De elektriciteitsbedrijven vinden dit echter geen goede vergelijking: de splitsing daar was vrijwillig, terwijl die hier verplicht is voor alle bedrijven. Zie *Financieel Dagblad* (2004).

9 Dit was al zo voor de Industriebrief (ministerie van Economische Zaken, 2004) uitkwam, waarin dit werd geformuleerd als: 'Om extra administratieve lasten en (nalevings)kosten te voorkomen zal het kabinet nieuwe EU-wet- en regelgeving in principe één-op-één overnemen. Het kabinet zal daar in ieder geval geen "nationale kop" bovenop zetten, tenzij een specifiek Nederlands probleem daarom vraagt.'

10 Hiervoor hoeven de bedrijven geen monopolist te zijn, een machtspositie uit een oligopolie voldoet (Economides en Salop 1992).

Synthese: welvaart verhogend? Net als bij veel andere beleidsvoorname-
mens heeft splitsen een aantal voordelen, maar ook een aantal nadelen.
Wat dan vaak gebeurt, is het opstellen van een overzicht van de kosten en
baten (zie tabel 1).¹¹ Bij een batig saldo is het project dan aantrekkelijk.

Tabel 1 Overzicht kosten en baten van splitsen

Voordeel (Baat = +) Effect	Waarde	Nadeel (Kost = -) Effect	Waarde
Gelijk speelveld	Nederland + Internationaal	Kosten van het uitvoeren van de splitsing	-
Eenvoudiger markt en bedrijfsstructuren	+	Verlies synergievoordelen	-
Privatisering	?	Buitenlandse overnames	-/?
Leveringszekerheid	?	Algehele onzekerheid over overheidsingrijpen	-
		Dubbele marginalisatie	o
Totaal	?/+	Totaal	-
Saldo??			

Splitsing leidt tot verbeterde concurrentie en eenvoudiger toezicht.
Hiervoor moet echter een prijs worden betaald. Mogelijk is deze prijs te
hoog. Uiteindelijk moet het niet gaan om bescherming van concurren-
ten of concurrentie, maar om de voordelen die splitsen voor de consu-
ment oplevert.¹² Ons is niets bekend van onderzoek waaruit blijkt hoe
de voordelen zich verhouden tot de nadelen, en of de consument uitein-
delijk beter wordt van de voorgenomen splitsing. Voor een dergelijk
onderzoek moeten meerdere beleidsalternatieven worden onderzocht;
waarbij onder meer aandacht besteed dient te worden aan de kosten en

11 Bij infrastructuur gebeurt dit bijvoorbeeld aan de hand van de zogenaamde OEI lei-
draad (Eijgenraam e.a. 2000).

12 Adam Smith (1776) verwoordde dit reeds als: 'Consumption is the sole end and pur-
pose of all production, and the interest of the producer ought to be attended to only
so far as it may be necessary for promoting that of the consumer.'

baten van ongewijzigd beleid, van beter toezicht, aanvulling van de regulering en eigendomssplitsing. De keuze van projectalternatieven speelt hierbij een belangrijke rol.

Ook individuele effecten dienen nader uitgewerkt te worden. Zo wordt nu het level playing field zowel genoemd als voor- en als nadeel van splitsing. Dit vloeit onder andere voort uit het ontbreken van een consistente marktafbakening. De minister beschouwt Nederland als de relevante markt, terwijl de energiebedrijven de relevante markt veel ruimer zien, namelijk als (een groot deel van) Europa.

Door het ontbreken van een alomvattende kosten-batenanalyse valt derhalve niet te zeggen of splitsen nu wel of niet de welvaart vergroot en dus, of splitsen wenselijk is. En dat is volgens ons wel noodzakelijk bij een ingrijpend voorstel als het splitsingsvoorstel van Minister Brinkhorst.

2 De juridische controverse

Vanuit juridisch perspectief bezien kan gesteld worden dat de splitsing als voordeel heeft dat crediteuren van de energiebedrijven niet langer verhaal kunnen nemen op het net. Dit voordeel is echter beperkt aangezien het 'beleningsverbod'¹³ dat sinds juli 2005 in de Elektriciteitswet is opgenomen dit risico al heeft verkleind. Bovendien geldt dat uitoefening van verhaalsrechten kan leiden tot een wijziging in de eigendom van het net of de eigendom van de aandelen in een netbeheerder. Een dergelijke wijziging vereist de toestemming van de minister.

Een nadeel is dat de splitsingsplannen van minister Brinkhorst mogelijk beperkingen opleggen die niet verenigbaar zijn met de Europese vrijheden van kapitaal en vestiging¹⁴ en het Europees Verdrag

¹³ Artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM

¹⁴ Een net waarvoor een netbeheerder is aangewezen mag niet beschikbaar worden gesteld als zekerheid voor het aantrekken van financiële middelen, behoudens voorzover dit geschiedt ten behoeve van het netbeheer. Ook mogen ten behoeve van derden geen rechten worden gevestigd op basis van de toekomstige inkomsten uit een net waarvoor een netbeheerder is aangewezen, behoudens voorzover dit geschiedt ten behoeve van het netbeheer. Een en ander geldt voor overeenkomsten tot stand gekomen na de inwerkingtreding van de I&I wet.

voor de Rechten van de Mens.¹⁵ In dit kader is van belang dat de Europese elektriciteitsrichtlijn niet de bedoeling heeft om in te grijpen in eigendomsverhoudingen¹⁶, maar juist erkent dat het niet noodzakelijk is dat netbeheerders eigenaar zijn van de door hen beheerde netten.¹⁷ Alvorens nader in te gaan op mogelijke strijdigheid met Europees recht, gaan wij hieronder eerst kort in op het huidige Nederlands wettelijk kader.

Wetgeving elektriciteitsmarkt. De positie van de Nederlandse elektriciteitsnetten en de beheerders daarvan is geregeld in de Elektriciteitswet 1998. Hierbij is de Europese Richtlijn uit 1996¹⁸ geïmplementeerd. In juli 2004 is de Elektriciteitswet 1998 grondig gewijzigd door de zogenoemde Implementatie en Interventiewet, ofwel I&I-wet. Hierbij is de nieuwe Europese richtlijn geïmplementeerd¹⁹, het toezicht op het netbeheer aangescherpt, en zijn maatregelen genomen om de kwaliteit van de elektriciteits- en gasnetten te waarborgen. Bovendien bevatte deze wet verdergaande toezichthoudende bevoegdheden voor DTe en bepalingen ten aanzien van leverings- en voorzieningszekerheid. De I&I-wet gaat op vele punten verder dan de Europese richtlijnen vereisen. Een belangrijk verschil is dat de I&I-wet elektriciteits- en gasnetbeheerders verplicht om te beschikken over de 'economische eigendom' van de netten.²⁰ Dit vereiste betreffende economische eigendom van het net is echter nog niet in werking getreden. De minister heeft aangegeven deze eis gelijktijdig in werking te laten treden met de splitsing.

15 Artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM

16 Overweging (10) van EU richtlijn nr. 2003/54/EG van 26 juni 2003: '[b]ij deze richtlijn worden geen eigendomsvraagstukken geregeld (...)'

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

18 EU richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996

19 EU richtlijn nr. 2003/54/EG van 26 juni 2003

20 Niet vereist wordt echter dat de netbeheerder in juridische zin eigenaar is van het net. Daarbij is dan wel een aanvullend vereiste dat de 'juridische' eigenaar 'in beginsel' een groepsmaatschappij moet zijn van de netbeheerder.

Ofschoon de Europese richtlijn geen splitsing van eigendom eist, en de reeds bestaande uitvoerige regelgeving met betrekking tot de netten door middel van de I&I-wet recent nog sterk is uitgebreid, worden thans met de voorgestelde splitsing toch tal van ingrepen in eigendomsverhoudingen overwogen.

Eigendomsrechten onder Artikel 295 van het EG Verdrag. Het feit dat artikel 295 van het EG Verdrag bepaalt dat het Verdrag de regeling van eigendomsrechten van Lidstaten onverlet laat, betekent niet dat de Lidstaten volledig vrij zijn in de regeling van eigendomsrechten. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG mag het uitoefenen van eigendomsrechten niet in strijd zijn met fundamentele Verdragsregels.²¹ Voorbeelden van dergelijke fundamentele Verdragsregels zijn het non-discriminatie beginsel, de vrijheid van vestiging, het vrije kapitaalverkeer en de mededingingsbepalingen onder artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag.²²

De overheid hoeft dus niet te privatiseren als zij dat niet wenselijk acht. Indien er echter wel wordt geprivatiseerd, gelden de zogenoemde *golden share* regels. Op deze regels wordt hieronder nader ingegaan.

De Golden Share arresten van 4 juni 2002. Op 4 juni 2002 is een drietal arresten gewezen met betrekking tot *golden shares*. Uit deze arresten blijkt

21 HvJ EG, 6 november 1984, Fearon, (C-182/83, Jurispr. blz. 3677), punt 7:

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

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

dat het vrije verkeer van kapitaal slechts kan worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing is op alle personen of ondernemingen.

Het belangrijkste arrest is dat van het Hof van Justitie EG van 4 juni 2002, in zaak C-503/99, Commissie tegen België. Uit deze zaak van de Commissie tegen België blijkt dat de mogelijkheden om het vrije kapitaalverkeer te beperken aan strenge eisen onderworpen zijn. In de Belgische zaak had de staat *golden shares* in de Nationale Maatschappij der pijpleidingen en Distrigaz. Op grond van deze *golden shares* diende de overdracht van aandelen vooraf ter kennis gebracht te worden aan de toezichthoudende minister. Deze kon de overdracht blokkeren indien hierdoor nationale belangen op energiegebied geschaad werden.

Het Hof oordeelde in deze zaak dat de betrokken regeling geschikt dient te zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder mag gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is ('evenredigheidsbeginsel'). Ten aanzien van de energievoorziening moet steeds worden nagegaan of de uit de betrokken regeling voortvloeiende beperkingen het mogelijk maken om in de betrokken lidstaat, in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging, een minimale bevoorrading met energie te waarborgen. Een en ander dient restrictief te worden uitgelegd.

In de zaak van de Commissie tegen België was geen sprake van voorafgaande goedkeuring zoals in Nederland.²³ De Belgische regeling behelsde een ex post maatregel, hetgeen eerder aanvaardbaar wordt geacht. Alle andere arresten die op 4 juni 2002 (en daarna) zijn geweest, hebben betrekking op systemen waarin wel sprake was van voorafgaande goedkeuring. In al deze arresten werden de daar gebruikte systemen van vooraf-

23 Op grond van artikel 93 van de Elektriciteitswet behoeft iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de aandelen in een netbeheerder de instemming van de minister.

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

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

gaande goedkeuring in strijd geacht met het vrije kapitaalverkeer.²⁴

Kortom: alleen in geval van dringende redenen van algemeen belang kunnen er beperkingen worden gesteld aan het vrije verkeer van kapitaal. De bescherming van de leveringszekerheid van energie (*security of supply*) kan worden beschouwd als een legitiem algemeen belang, zodat het in principe mogelijk is om de overdraagbaarheid van de aandelen in leveringsbedrijven en netbedrijven uit hoofde van de leveringszekerheid te beperken. De beperkingen moeten echter non-discriminatoir zijn, geschikt om het gestelde doel te bereiken en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is.

Argumenten op basis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM heeft ook een onderneming recht tot het ongestoorde genot van haar eigendommen.²⁵ Het is een nationale overheid niet zonder meer toegestaan daar inbreuk op te maken. Men kan zich thans afvragen of de huidige splitsingsvoorstellen dit recht respecteren. De energiebedrijven worden immers gedwongen hun bedrijf op te splitsen en verliezen daarmee het ongestoorde genot van een (zeer groot) deel van hun eigendommen, namelijk de netten. In sommige gevallen maken deze 70 tot 80% van de balanswaarde van de energiebedrijven uit.

Beperkingen op het ongestoorde genot zijn slechts mogelijk onder drie voorwaarden. De beperking moet in het algemeen belang zijn, proportioneel zijn (de inbreuk op het eigendom moet in verhouding staan tot het nagestreefde doel), en er moet een wettelijke grondslag voor bestaan. Bij het proportionaliteitsvereiste heeft de staat een ruime *margin of appreciation*.²⁶ Ook hier is het echter maar de vraag of in het geval van de voorgestelde splitsing een dergelijke vergaande inbreuk op

25 Artikel 1 Eerste protocol van het EVRM: bescherming van eigendom: 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

26 Advies Raad van State (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28323, A, pagina 10).

het ongestoorde genot in verhouding staat tot het nagestreefde doel.

Raad van State inzake de netten van RWE. Het bovenstaande wordt onderschreven door de Nederlandse Raad van State. Reeds in 2002 heeft de Raad van State, in het kader van de privatisering van regionaal distributiebedrijf Obragas, geconcludeerd dat een instemmingsvereiste zoals opgenomen in de Gaswet en de Elektriciteitswet²⁷ met betrekking tot de overdracht van de aandelen van het reeds geprivatiseerde Obragas in strijd is met het vrije kapitaalverkeer.²⁸ Omdat de eigendom van de aandelen na de privatisering bij RWE is komen te liggen, kunnen er in principe geen beperkingen meer worden gesteld aan de overdraagbaarheid van de aandelen in Obragas. Dit betekent dat de splitsingsplannen van Brinkhorst in principe geen invloed hebben op de netwerkactiviteiten van reeds geprivatiseerde netwerkonderdelen, zoals Obragas. Indien de overheid toch overgaat tot het opleggen van splitsing dan zou dat neerkomen op onteigening.

Splitsingsscenario's strijdig met Europees recht. Hoewel de exacte plannen van minister Brinkhorst op dit moment nog niet bekend zijn, is niet uitgesloten dat zij zullen ingrijpen in eigendomsverhoudingen. Uit het voorgaande blijkt dat dit niet is toegestaan indien dat strijd oplevert met fundamentele Verdragsbepalingen. Hiervan kan slechts worden afgeweken bij dwingende redenen van algemeen belang die gelden voor alle personen of ondernemingen en dan alleen voorzover daar een rechtvaardiging voor bestaat. De betrokken regeling moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en dient evenredig te zijn. In dat kader zal moeten worden nagegaan of het gaat om een regeling die bij een werkelijke en ernstige bedreiging de minimale bevoorrading met energie waarborgt en die niet verder gaat dan noodzakelijk. Dit laatste valt in het geval van de voorgestelde splitsing te betwijfelen.

Hiervoor is al opgemerkt dat de door minister Brinkhorst voorgestane splitsing Europees-rechtelijk niet vereist is en dat de huidige Nederlandse wetgeving zeer vergaande bepalingen bevat terzake van de

²⁷ Artikel 85 Gaswet en artikel 93 Elektriciteitswet.

²⁸ TK 2001-2002, 28323, A.

onafhankelijkheid van netten, netbeheerders en het toezicht daarop. De minister heeft zijn splitsingsplannen bekend gemaakt voordat de I&I-wet in werking is getreden en derhalve voordat ervaring is opgedaan met de aangescherpte wetgeving. Bovendien geldt dat bij het totstandbrengen van de splitsing niet zal kunnen worden volstaan met een wettelijke regel die het in een hand brengen van aandelen in netbeheerders en aandelen in commerciële energiebedrijven verbiedt. Ook de overdraagbaarheid van aandelen in commerciële energiebedrijven en eventueel geprivatiseerde aandelen in netbeheerders zal moeten worden beperkt. Men dient zich af te vragen of deze maatregelen nog in het algemeen belang kunnen worden geacht en noodzakelijk en evenredig te zijn. Het is zeer waarschijnlijk dat dit op gespannen voet zal staan met Europese regels.

3 Conclusie

Splitsen heeft een aantal voordelen (zoals eenvoudiger toezicht en minder verstoring van de Nederlandse leveringsmarkt), maar ook een aantal nadelen (zoals de kosten van het uitvoeren van de splitsing). Onduidelijk is hoe de kosten zich tot de baten verhouden en of de Nederlandse samenleving er dus wel beter van wordt. Ook vanuit juridisch oogpunt bezien heeft splitsing nadelen. Hoewel het wetsvoorstel voor de splitsing bij het ter perse gaan van dit artikel nog niet gepubliceerd is, is er een aanzienlijke kans dat de splitsing strijd oplevert met fundamentele Verdragsbepalingen. Het is immers onduidelijk of de splitsing in het algemeen belang is. Ook kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de noodzaak en evenredigheid van deze maatregel. Dit maakt dat splitsen nu (zonder betere onderbouwing) niet aantrekkelijk is en roept de vraag op waarom het dan toch gebeurt.

De totstandkoming van regulering kan middels twee theorieën verklaard worden. De *public interest* theorie verklaart regulering uit het verzoek van het publiek om marktfalen te herstellen (Posner, 1974). De *private interest* theorie, of belangengroepentheorie, stelt dat overheidsregulering totstandkomt door inmenging van belangengroepen. Hierbij bestaat het gevaar dat de regulator niet het algemeen belang, maar de belangen van de gereguleerden beschermt (*regulatory capture*, zie Stigler 1971 en 1974).

Geen van beide theorieën levert echter een verklaring voor het splitsingsvoorstel. Tot dusverre bestaat immers geen inzicht in de welvaarts-effecten van het voorstel. Bovendien gaat het splitsingsvoorstel in tegen de belangen van de belangengroepen. Dit laatste wellicht met opzet, omdat de energiebedrijven de afgelopen jaren flink en succesvol hebben geprocedeerd tegen voorgenomen regelgeving (denk bijvoorbeeld aan de prijsregulering van DTe). De cynicus zou kunnen stellen dat het splitsingsdossier past bij de *private interest* theorie, maar dan op een 'omgekeerde' wijze.

Naast de economische en juridische implicaties van het splitsingsvoorstel, geldt bovendien dat het herhaaldelijk uitstel van de privatiseringsdiscussie – terwijl splitsing en privatisering duidelijk verbonden dossiers zijn – ervoor heeft gezorgd dat de reguleringsonzekerheid voortduurt. Hierdoor blijven private partijen terughoudend in hun investeringsgedrag (het *hold-up* probleem).²⁹ Hier komt nog bij dat de energiesector sinds het eind van de jaren negentig een groot aantal institutionele veranderingen heeft moeten doormaken, waarvan het einde nog steeds niet in zicht is. De sector heeft hierdoor nauwelijks de kans gekregen om adequaat te reageren op de aanwezige prikkels. Op basis van de thans voorhanden zijnde gegevens kan dan ook niet anders geconcludeerd worden dan dat het huidige splitsingsvoorstel op dit moment, zonder explicietere afweging van voor- en nadelen, onwenselijk is. De door de minister genoemde splitsingsvoordelen zijn voor een belangrijk deel onbewezen en kunnen ook op andere, minder ingrijpende wijze, worden bereikt. Bovendien zijn er reële en substantiële risico's en kosten verbonden aan splitsing, zoals dubbele marginalisatie, vermindering van economies of scope, hogere transactiekosten en vermindering van de internationale concurrentiepositie van de Nederlandse energiebedrijven.

Onduidelijk is of de minister een afweging heeft gemaakt tussen de verwachte voor- en nadelen. De voorgenomen splitsing lijkt tot tal van belangrijke juridische en fiscale bezwaren te leiden waarvoor geen oplossing wordt geboden. Het ligt dan ook meer voor de hand om eerst ervaring op te doen met de huidige regulering en het recent sterk uitge-

²⁹ Zie Teulings e.a. (2003) en Energie Nederland (2004) voor een uitspraak gerelateerd aan het splitsingsvoorstel.

breide bevoegdhedenpakket. Vooralsnog is het onwaarschijnlijk dat een kosten-batenanalyse in het voordeel van een splitsing uitwerkt. Zo constateert de OECD (2003): *'...the structural separation approach is risky with benefits that seem limited, uncertain, indeed, conjectural, with on the other hand, potentially significant costs including potentially adverse effects on network development. Certainly there is insufficient evidence that benefits would be convincingly in excess of costs. Against such an assessment of structural separation proposals, it would seem sensible to persevere with improvements to the current regulatory approach backed with sanctions to deal with anticompetitive discrimination.'*

Auteurs

Barbara Baarsma en Michiel de Nooij zijn verbonden aan de Stichting voor Economisch Onderzoek (SEO) der Universiteit van Amsterdam, Weero Koster en Cecilia van der Weijden zijn partners bij Norton Rose advocaten.

Dit artikel is gebaseerd op een advies dat de auteurs hebben uitgebracht aan de Provinciale Staten van de Provincie Zeeland over de splitsing. Tevens hebben wij geprofiteerd van het commentaar van een referee. De verantwoordelijkheid voor de inhoud berust echter bij de auteurs.

Literatuur

Baarsma, Barbara, Peter Berkhout en Peter Hop (2004a) *Op prijs gesteld, maar ook op kwaliteit, De prijs van stroomonderbrekingen – op zoek naar phi*, SEO-rapport 726, Amsterdam

Baarsma, B.E., M. de Nooij, W. Koster en C.H.A. van der Weijden (2004b) *Advies aan Zeeland; Betreffende: aangekondigde wetgeving splitsing energiebedrijven*, Stichting voor Economisch Onderzoek & Norton Rose Advocaten, Amsterdam, SEO rapport 782.

Bijvoet, Carlijn, Michiel de Nooij, Carl Koopmans (2003) *Gansch het raderwerk staat stil: de kosten van stroomstoringen*, SEO-rapport 685.

DTe (2004) *DTe voert kwaliteitsregulering stroomnetten in*, persbericht 04-23, 12 oktober.

- DTe (2005) Advies taken en activiteiten van de netbeheerder na de splitsing, advies aan de minister van Economische Zaken.
- Economides, Nicholas en Steven C. Salop (1992) Competition and Integration among Complements, and Network Market Structure, *Journal of Industrial Economics*, vol. 40 (1), pp. 105-123.
- Eijgenraam, Carel J.J., Carl C. Koopmans, Paul J.G. Tang, A.C.P. (Nol) Verster (2000) *Evaluatie van Infrastructuur projecten, leidraad voor kosten-batenanalyse*, CPB, NEI.
- EnergieNederland (2004) ABN AMRO: *Geen overweldigende interesse minderheidsaandeel netten*, 19 oktober.
- Financieele Dagblad (2004) Brandbrief voor EZ van energiebedrijven, 26 oktober.
- Gómez-Ibáñez, José A. (2003) *Regulating infrastructure – Monopoly, contracts and discretion*, Harvard University Press, Cambridge, p 249.
- Köper, Noud (13 april 2004) *Ludo van Halderen Nuon: 'Splitsing kost 60-80 miljoen euro'*. EnergieNederland, 7(5).
- Martin, S. (2001) *Industrial Organization – A European Perspective*, Oxford University Press.
- Minister van Economische Zaken (2004a) brief aan de Tweede Kamer, 31 maart (kenmerk ME/ESV/4019858).
- Minister van Economische Zaken (2004b) brief aan de Tweede Kamer, 11 oktober (kenmerk E/EM/4063988).
- Ministerie van Economische Zaken (2004) Industriebrief
- Nillesen, Paul H. L. en Michael G. Pollitt (2004) *The Consequences for Consumer Welfare of the 2001-2003 Electricity Distribution Price Review in the Netherlands*, Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0446
- NMa (2002) *Notitie concentraties in de energiesector*, 19 december.
- OECD (2003) OECD Working party No. 2 on Competition and Regulation: *The benefits and costs of structural separation*, DAFNE/COMP/WP2(2003)2, 10 januari.
- Op het Veld, Roy (2005) PvdA wil fusies Nederlandse energiebedrijven toestaan, 26 maart, *het Financieele Dagblad*.
- Perry, M.K. (1989) *Vertical integration: determinants and effects*, in: R. Schmalensee and R.D. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam.
- Posner, Richard A. (1974) Theories of Economic Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, (2), pp. 335-358.

- Smith, Adam (1776) *Wealth of Nations*, Book IV, Chapter 8 Conclusion of the Mercantile System.
- Stigler, G.J. (1971) The theory of economic regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, (1), pp. 3-21
- Stigler, G.J. (1974) Free riders and collective action: an appendix to theories of economic regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, (2), pp. 359-365.
- Teulings, C., A. Bovenberg en H. van Dalen (2003) *De Calculus van het publiek belang*.
- Tirole, J. (1988) *The theory of industrial organization*, MIT Press, Cambridge Massachusetts.
- Van Damme, Eric en Arnald Kanning (2004) *Opsplitsing van regionale energiebedrijven: Onderzoek voor de Provincie Noord Brabant*, Tilec/Universiteit van Tilburg, Voorlopige versie, p. 29.
- Veraart, Maarten (2003) De positie van reguliere energienetwerken: publieke belangen en het eigendom, (met name hoofdstuk 5).