



Brussel, 1.7.2013
C(2013) 4206 final

ADVIES VAN DE COMMISSIE

van 1.7.2013

**overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 10, lid 6,
van Richtlijn 2009/72/EG – Nederland – Certificering van TenneT TSO B.V.**

ADVIES VAN DE COMMISSIE

van 1.7.2013

overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG – Nederland – Certificering van TenneT TSO B.V.

I. PROCEDURE

Op 3 mei 2013 heeft de Commissie een conceptbesluit ontvangen van de Nederlandse regulerende instantie, de Autoriteit Consument en Markt (hierna "de ACM" genoemd), inzake de certificering van TenneT TSO B.V. (hierna "TenneT" genoemd) als transmissiesysteembeheerder (TSB) voor elektriciteit, overeenkomstig artikel 10, lid 6, van Richtlijn 2009/72/EG¹ (hierna "de elektriciteitsrichtlijn" genoemd).

Krachtens artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 714/2009² (hierna "de elektriciteitsverordening" genoemd) moet de Commissie de kennisgeving van conceptbesluit onderzoeken en aan de betrokken nationale regulerende instantie een advies uitbrengen over de verenigbaarheid van die besluiten met artikel 10, lid 2, en artikel 9 van de elektriciteitsrichtlijn.

II. BESCHRIJVING VAN DE AANGEMELDE BESLUITEN

TenneT is de eigenaar en de beheerder van het gehele Nederlandse elektriciteitstransmissienet op land. TenneT is ook mede-eigenaar van en werkt samen met zijn Noorse partner Statnett aan de onderzeese NorNed-kabel, een interconnector van 700 MW die Nederland verbindt met Noorwegen. Het certificeringsverzoek betreft dus ook de zuidelijke helft van de NorNed-kabel. TenneT Holding, de moedermaatschappij van TenneT, is ook eigenaar van TenneT Duitsland, een Duitse TSB, nadat in Duitsland een aparte certificeringsprocedure is doorlopen. De aandelen van TenneT zijn uiteindelijk volledig in handen van de Nederlandse staat.

TenneT heeft certificering aangevraagd overeenkomstig het eigendomsontvlechtigingsmodel. Met name is TenneT voornemens gebruik te maken van de in artikel 9, lid 6, van de elektriciteitsrichtlijn geboden mogelijkheid om het eigendomsontvlechtigingsmodel toe te passen door middel van afzonderlijke overheidsorganen binnen de staat. De ACM heeft geanalyseerd of en in hoeverre TenneT aan de eisen van het eigendomsontvlechtigingsmodel voldoet. In haar conceptbesluit kwam de ACM tot de conclusie dat TenneT gereed is om aan deze eisen te voldoen. Op grond hiervan heeft de ACM haar conceptbesluit bij de Commissie ingediend en daarbij om een advies gevraagd.

III. OPMERKINGEN

Op basis van de onderhavige kennisgeving heeft de Commissie de volgende opmerkingen over het conceptbesluit.

¹ Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, PB L 211 van 14.8.2009, blz. 55.

² Verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1228/2003, PB L 211 van 14.8.2009, blz. 15.

1. SCHEIDING BINNEN DE STAAT

In artikel 9, lid 6, van de elektriciteitsrichtlijn wordt de mogelijkheid geboden dat de staat binnen het eigendomsontvlechtingmodel over zowel transmissieactiviteiten als productie- en leveringsactiviteiten zeggenschap mag uitoefenen, mits die verschillende activiteiten door afzonderlijke overheidsorganen worden uitgeoefend. Voor de doeleinden van de regels inzake eigendomsontvlechting moeten twee afzonderlijke overheidsorganen derhalve als twee verschillende rechtspersonen worden beschouwd en moeten zij in principe in staat zijn om zeggenschap uit te oefenen over productie- en leveringsactiviteiten, enerzijds, en transmissieactiviteiten, anderzijds, mits kan worden aangetoond dat zij niet, in strijd met de regels inzake eigendomsontvlechting, onder de gezamenlijke invloed staan van een ander overheidsorgaan. De betrokken overheidsorganen moeten daadwerkelijk gescheiden zijn. In deze gevallen moet worden aangetoond dat de eisen inzake eigendomsontvlechting van artikel 9 van de gasrichtlijn in de nationale wetgeving zijn vervat en dat aan die regels wordt voldaan. Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld.

Op grond van artikel 9, lid 1, onder b), punt i), van de elektriciteitsrichtlijn is het verboden dat dezelfde persoon of personen direct of indirect zeggenschap uitoefenen over een bedrijf dat een van de functies van productie of levering verricht en direct of indirect zeggenschap of enig recht uitoefenen over een transmissiesysteembeheerder of over een transmissiesysteem. Op grond van artikel 9, lid 1, onder b), punt ii), van de elektriciteitsrichtlijn is het verboden dat dezelfde persoon of personen direct of indirect zeggenschap uitoefenen over een transmissiesysteembeheerder of over een transmissiesysteem, en direct of indirect zeggenschap of enig recht uitoefenen over een bedrijf dat een van de functies van productie of levering verricht.

Uit het conceptbesluit blijkt dat TenneT uiteindelijk volledig eigendom is van de Nederlandse staat. De eigendom van TenneT wordt beheerd door de Nederlandse minister van Financiën. De Nederlandse staat is ook aandeelhouder van twee bedrijven die actief zijn bij de productie en/of de levering van gas: Energie Beheer Nederland (hierna "EBN" genoemd) (90% van de aandelen), dat actief is in de exploratie en exploitatie van olie en gas, en GasTerra (10% van de aandelen), de exclusieve verkoper van gas dat afkomstig is uit het Groningenveld. Deze deelnames worden beheerd door het ministerie van Economische Zaken (hierna het "MEZ" genoemd). Het is goed om erop te wijzen dat EBN ook voor 40% aandeelhouder is van GasTerra.

In haar advies met betrekking tot de Deense TSB Energinet.dk heeft de Commissie overwogen dat twee afzonderlijke ministeries die het beheer voeren over enerzijds de transmissie van elektriciteit en gas, en anderzijds de productie en de levering van elektriciteit en gas, onder bepaalde omstandigheden overheidsorganen kunnen zijn met een voldoende mate van scheiding zoals vereist op grond van artikel 9, lid 6, van de elektriciteitsrichtlijn³. Artikel 9, lid 3, van de elektriciteitsrichtlijn bevat een kruisreferentie naar transmissiesysteembeheerders en ondernemingen die een van de functies van productie of levering verrichten in de zin van de gasrichtlijn, Richtlijn 2009/73/EG. De deelnemingen van de staat aan gasbedrijven zijn derhalve relevant voor de beoordeling van de naleving door TenneT van de verplichting tot eigendomsontvlechting.

In haar conceptbesluit heeft de ACM een diepgaande evaluatie uitgevoerd over de mate van scheiding tussen de beide betrokken ministeries en daarbij in de eerste plaats gelet op het beginsel van ministeriële verantwoordelijkheid dat in de Nederlandse grondwet is verankerd. Volgens de Nederlandse grondwet hebben de ministers afzonderlijke taken waarvoor zij

³ Commission Opinion of 9.1.2012 pursuant to Article 3(1) of Regulation (EC) No 714/2009 and Article 10(6) of Directive 2009/72/EC - Denmark - Certification of Energinet.dk (electricity), C(2012) 88 final.

persoonlijk en politiek verantwoordelijk zijn. Hij heeft onder meer de onafhankelijke beslissingsbevoegdheid over staatsdeelnemingen waarvan een ministerie de aandelen van de staat beheert. De minister-president is alleen verantwoordelijk voor gebieden waarvoor de ministeries niet verantwoordelijk zijn. Dit betekent ook dat het ministerie van Financiën het MEZ geen instructies kan geven, noch omgekeerd. Hetzelfde geldt voor de minister-president. Bovendien is de scheiding van bevoegdheden van toepassing op de organisatie van een ministerie in zijn geheel, tot en met elke individuele ambtenaar.

De Commissie is het met de conclusie van de ACM op dit punt eens dat op basis van de bovenstaande elementen de structurele scheiding van bevoegdheden voor een mate van scheiding tussen het ministerie van Financiën en het MEZ zorgt, die volstaat om aan artikel 9, lid 6, van de elektriciteitsrichtlijn te voldoen.

De Commissie is niettemin bezorgd over een aantal specifieke taken en bevoegdheden van het MEZ ten aanzien van TenneT op grond van de Nederlandse elektriciteitswet. Deze taken en bevoegdheden zijn onder meer de verplichte goedkeuring door het MEZ van de statuten van TenneT, van bijzondere investeringen en van de leden van de raad van toezicht van TenneT.

De Commissie merkt op dat naleving van het eigendomsontvlechtigingsmodel binnen de staat betekent dat niet alleen artikel 9, lid 6, van de elektriciteitsrichtlijn moet worden nageleefd, maar ook artikel 9, lid 1, onder b), onder c) en onder d), van de elektriciteitsrichtlijn. Dit betekent onder meer dat de bevoegdheden van het MEZ, voor zover zijn bevoegdheid met betrekking tot GasTerra en/of EBN zeggenschap inhoudt, ten aanzien van TenneT geen recht in de zin van artikel 9, leden 1 en 2, van de gasrichtlijn mogen inhouden. Bovendien herinnert de Commissie eraan dat de verplichting om de overheidsorganen streng gescheiden te houden, dient om te zorgen voor onafhankelijkheid ten aanzien van de transmissie, enerzijds, en productie en levering, anderzijds. Uit het feit dat de taken bestaan, blijkt dat de scheiding van de beide overheidsorganen, hoewel zij in de structuren verankerd is, praktisch in twijfel kan worden getrokken.

Uit het conceptbesluit van de ACM en uit de briefwisseling tussen de ACM en TenneT die als bijlage daarbij is gevoegd, blijkt dat er een aantal redenen en rechtvaardigingen zijn voor het feit dat het MEZ het overheidsorgaan is dat deze taken uitvoert. Bovendien zijn er garanties die het onafhankelijke beheer door TenneT van zijn net garanderen. Er is aangevoerd dat de betrokken bevoegdheden betrekking hebben op de algemene verantwoordelijkheid van het MEZ voor het Nederlandse energiebeleid en dat zij op geen enkele wijze verband houden met de deelnemingen van het MEZ in EBN en GasTerra.

Ten aanzien van de bevoegdheid van het MEZ om de statuten van TenneT goed te keuren, blijkt uit de wetgevingsgeschiedenis van het betrokken artikel in de Nederlandse elektriciteitswet dat deze taak uitsluitend bedoeld is om ervoor te zorgen dat andere (commerciële) activiteiten die de moedermaatschappij van TenneT, TenneT Holding, ontplooit, geen negatieve gevolgen hebben voor het onafhankelijke beheer van het net. De Commissie is het ermee eens dat het belangrijk is dat groepen waaraan een TSB toebehoort, geen activiteiten ondernemen die ofwel het onafhankelijke beheer van het net ofwel de financiële levensvatbaarheid ervan negatief beïnvloeden, maar zij merkt op dat deze doelstelling niet duidelijk uit de tekst van de elektriciteitswet blijkt, aangezien de werkingssfeer niet expliciet daartoe beperkt wordt.

De bevoegdheid van het MEZ om bijzondere investeringen van TenneT goed te keuren door de noodzaak ervan vast te stellen, is overeenkomstig de wetgevingsgeschiedenis van de betrokken bepalingen in de elektriciteitswet in de eerste plaats een middel om TenneT vooraf duidelijkheid te verschaffen over de mogelijkheid om gemaakte investeringskosten efficiënt terug te verdienen door opnemings van de investering in zijn gestandaardiseerde activawaarde,

waarbij de ACM de doeltreffendheid van de investering beoordeelt. Bij de beoordeling van de noodzaak van de investering legt het MEZ vooral de nadruk op de effecten van de investering voor de voorzieningszekerheid en op de kosten en baten ervan. De Commissie merkt op dat in elk geval waarbij een rechtspersoon belangen heeft in de elektriciteitsproductie en –voorziening en tegelijk beslissende invloed heeft op de besluitvorming ten aanzien van het al dan niet doorgaan van belangrijke investeringen in de elektriciteitstransmissie-infrastructuur, de neiging kan ontstaan de zeggenschap over de investeringen in de TSB te misbruiken om bepaalde leveringsbelangen te bevorderen. Dit is een algemeen beginsel dat niet beperkt is tot de elektriciteitswet. Hoewel de Commissie ook inziet dat de wetgevingsgeschiedenis van de elektriciteitswet er duidelijk op wijst dat de betrokken bepalingen voornamelijk tot doel hebben de voorzieningszekerheid te garanderen en de toestemmingsprocedures te vergemakkelijken, en dus bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat de investering kan doorgaan, en juist niet wordt tegengehouden, is het op basis van de juridische formulering van de bepaling zelf niet duidelijk of het in de praktijk voorstelbaar is dat zich een situatie voordoet waarin het kennelijke belangenconflict kan leiden tot negatieve gevolgen voor de onafhankelijke ontwikkeling van het net.

De Commissie roept de ACM derhalve op, voordat zij haar uiteindelijke certificeringsbesluit neemt, in detail na te gaan hoe het MEZ deze beide taken kan uitvoeren en of dat er eventueel toe kan leiden dat het MEZ gestimuleerd wordt of de mogelijkheid krijgt de besluitvorming van de transmissiesysteembeheerder te beïnvloeden om de productie- en leveringsbelangen van het MEZ te bevorderen ten nadele van andere netgebruikers. Alleen wanneer uit de beoordeling door de ACM zou blijken dat noch een dergelijk stimulerend effect, noch een dergelijke mogelijkheid bestaat, kan ervan uit worden gegaan dat aan de eigendomsontvlechtingseisen van artikel 9 van de elektriciteitsrichtlijn is voldaan.

De Commissie merkt op dat met betrekking tot de verplichte goedkeuring door het MEZ van de benoeming van de leden van de raad van toezicht van TenneT een wijziging van de Electricity Act is gepland, waardoor de desbetreffende bepaling wordt geschrapt. De Commissie is van mening dat deze bevoegdheid niet verenigbaar is met de eisen van artikel 9 van de elektriciteitsrichtlijn en verzoekt de ACM om toe te zien op de goedkeuring van de voorgestelde wetwijziging waarbij deze taak wordt geschrapt, en om in het definitieve besluit de mogelijkheid op te nemen zich opnieuw te beraden over de certificering, mocht die wetwijziging niet worden goedgekeurd.

IV. CONCLUSIE

Overeenkomstig artikel 3, lid 2, van de elektriciteitsverordening moet de ACM bij haar definitieve besluit ten aanzien van de certificering van TenneT zoveel mogelijk met de bovenstaande opmerkingen van de Commissie rekening houden, en een eventueel besluit aan de Commissie meedelen.

Het standpunt dat de Commissie over deze bijzondere kennisgeving inneemt, laat de standpunten onverlet die zij ten aanzien van nationale regulerende instanties inneemt over andere ontwerpmaatregelen betreffende certificering of ten aanzien van nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de omzetting van de EU-wetgeving, wat de verenigbaarheid van nationale uitvoeringsmaatregelen met het EU-recht betreft.

De Commissie zal dit document op haar website bekendmaken. De Commissie beschouwt de daarin vervatte informatie niet als vertrouwelijk. Als de ACM van mening is dat dit document overeenkomstig de nationale en EU-regels inzake de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie vertrouwelijke informatie bevat die zij voorafgaand aan de publicatie wil laten schrappen,

wordt haar verzocht de Commissie binnen vijf dagen na ontvangst van deze brief hiervan in kennis te stellen. Voor de schrapping van dergelijke informatie dienen wel redenen te worden aangevoerd.

Gedaan te Brussel, op 1.7.2013

Voor de Commissie
Maroš ŠEFČOVIČ
Vicevoorzitter

VOOR GELIJKLUIDEND AFSCHRIFT
Voor de secretaris-generaal

Jordi AYET PUIGARNAU
Directeur van de Griffie
EUROPESE COMMISSIE