

Gerechtshof Den Haag: splitsen energiebedrijven in strijd met het Europese recht

49

1. Inleiding

Het Gerechtshof in Den Haag heeft op 22 juni 2010 geoordeeld dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten onverbindend zijn wegens strijd met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), voorheen het EG-verdrag. Hiermee vernietigt het hof de eerdere uitspraken van de Rechtbank Den Haag van 11 maart 2009. De Staat is op 26 augustus jl. in cassatie gegaan tegen deze uitspraak en inmiddels is naar aanleiding van de uitspraak een wetsvoorstel tot wettelijke verankering van het privatiseringsverbod aanhangig gemaakt. Het is de vraag of dit slechts uitstel van executie is of dat de splitsing nu volledig van de baan is.

2. Het groepsverbod, het verbod op nevenactiviteiten en het privatiseringsverbod

Het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten zijn ingevoerd met de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won). Met het groepsverbod wordt feitelijk beoogd dat er een eigendomssplitsing plaats vindt op aandeelhoudersniveau tussen enerzijds de commerciële activiteiten en anderzijds de netbeheerdersactiviteiten van energiebedrijven. De wetgever heeft hiertoe in de Won bepaald dat het beheer van elektriciteit- en gasnetten (hierna: de netbeheerder) en de productie, levering en handel van elektriciteit en gas (hierna: het commerciële bedrijf) niet in één groep als bedoeld in art. 2:24b BW verbonden mogen zijn. Het groepsverbod is neergelegd in art. 10b Elektriciteitswet 1998 en art. 2c Gaswet en op 1 juli 2008 in werking getreden. De nog niet gesplitste energiebedrijven moeten uiterlijk 1 januari 2011 de eigendomssplitsing hebben gerealiseerd.

Het verbod op nevenactiviteiten (art. 17 Elektriciteitswet 1998 en art. 10b Gaswet) houdt in dat activiteiten van de groepsmaatschappij waartoe de netbeheerder na de splitsing gaat behoren niet ten koste mogen gaan van het belang van het beheer van het net. Dit is onder meer het geval wanneer het betreffende bedrijf na splitsing commerciële activiteiten verricht die geen betrekking hebben op infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten. De netbeheerders die na splitsing ontstaan dienen op grond van het privatiseringsverbod (indirect) in publieke handen te blijven. De aandelen in netbeheerders mogen namelijk op grond van art. 93 Elektriciteitswet

1998 en art. 85 Gaswet alleen worden overgedragen aan entiteiten die tot de 'kring van de overheid' behoren. Wie dat zijn, is momenteel nog geregeld in het Besluit aandelen netbeheerders. Tot de 'kring van de overheid' worden de Staat, de gemeenten en provincies gerekend en een aantal privaatrechtelijke rechtspersonen zoals Essent NV, NV Nuon en Eneco Holding NV, mits alle aandelen in deze rechtspersonen maar weer direct of indirect worden gehouden door de Staat, provincies of gemeenten.

3. Vorderingen Delta, Essent en Eneco

De energiebedrijven Delta, Essent en Eneco hebben de Staat in 2007 gedagvaard en een verklaring voor recht gevorderd dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten (dit laatste wordt alleen gevorderd door Essent) onverbindend zijn wegens strijd met het vrij verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU, art. 56 EG-verdrag), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU, art. 43 EG-verdrag) en het recht van eigendom (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM). Daarnaast hebben de energiebedrijven een verklaring voor recht gevorderd dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de energiebedrijven door het groepsverbod in werking te laten treden. Ten slotte hebben de energiebedrijven zich op het standpunt gesteld dat het privatiseringsverbod in strijd is met de genoemde fundamentele vrijheden.

Op 11 maart 2009 heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen. De rechtbank was van mening dat het belang van leveringszekerheid en de daarmee samenhangende bescherming van consumenten een voldoende rechtvaardiging vormt voor een inbreuk op de fundamentele vrijheden van het verdragsrecht. Het hof is nu echter tot een andere conclusie gekomen.

4. Toetsing aan het vrij verkeer van kapitaal

De Staat heeft zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat het privatiseringsverbod in de weg staat aan toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten aan de bepalingen van het vrij verkeer van kapitaal en vrije vestiging, aangezien het verdragsrecht de regeling van het eigendomsrecht van de lidstaten op grond van art. 345 VWEU (295 EG-verdrag) onverlet laat. Het hof deelt dit standpunt niet en oordeelt dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten wel degelijk moeten worden getoetst aan de fundamentele vrijheden aangezien de reikwijdte van de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal niet wordt ingeperkt door art. 345 VWEU (art. 295 EG-verdrag) en het privatiseringsverbod geen absoluut karakter heeft.

1. Mr. ing. J.M.T. Feld en mr. S.J.W.H. Reintjes zijn beiden advocaat bij CMS Derks Star Busmann in Amsterdam.

Volgens het hof heeft de wetgever immers de mogelijkheid van gehele of gedeeltelijke privatisering opengelaten door de 'kring van de overheid' die aandelen in netbeheerders mogen bezitten vast te leggen in secundaire wetgeving, namelijk het Besluit aandelen netbeheerders. Omdat dit besluit zonder parlementaire toestemming kan worden gewijzigd, meent het hof dat de Staat daarmee in feite naar eigen inzicht kan bepalen of, en zo ja, welke, private partijen zij wil toelaten als aandeelhouders van netbeheerders. Daarnaast geldt bovendien dat aandelen in netbeheerders ook indirect kunnen worden gehouden door de Staat, provincies of gemeenten. Hierdoor zijn de aandelen in netbeheerders, aldus het hof, niet volledig onttrokken aan het vrije verkeer waardoor het privatiseringsverbod geen absoluut karakter heeft en er wel aan de fundamentele vrijheden getoetst moet worden.

5. **Belemmering van het vrij verkeer van kapitaal**

Het hof oordeelt vervolgens dat het groepsverbod een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal opwerpt. Bijvoorbeeld bij investeringen van een netbeheerder in een buitenlands bedrijf als dit buitenlandse bedrijf in Nederland energieactiviteiten ontplooit, maar ook in het omgekeerde geval wanneer een buitenlandse onderneming die in Nederland energieactiviteiten ontplooit, aandelen wil verwerven in een netbeheerder of een groepsmaatschappij van een netbeheerder. Ook het verbod op nevenactiviteiten vormt volgens het hof een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal doordat het verbod verhindert dat een netbeheerder een buitenlandse onderneming overneemt die activiteiten verricht die geen betrekking hebben op infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten.

6. **Geen dwingende reden van algemeen belang**

Ter rechtvaardiging van de beperking van het vrij verkeer van kapitaal beroept de Staat zich tevergeefs op het voorkomen van kruissubsidiëring tussen de netbeheerder en het commerciële bedrijf. Volgens het hof wordt hiermee een louter economisch belang nagestreefd en volgens vaste jurisprudentie kan een dergelijk belang geen rechtvaardiging vormen voor een inbreuk op een van de fundamentele vrijheden. Om dezelfde reden vormt ook bescherming van afnemers door meer transparantie geen rechtvaardiging.

Ook het beroep van de Staat op de leveringszekerheid en de daaraan gerelateerde bescherming van consumenten vormt geen dringende reden van algemeen belang. Hoewel jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU bepaalt dat de noodzaak de energievoorziening te waarborgen onder bepaalde voorwaarden een beperking van de fundamentele vrijheden rechtvaardigt, betekent dit niet dat elk risico op onderbreking van de levering van

energie een rechtvaardiging oplevert. Volgens het hof is het onduidelijk wat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten naast de bestaande wettelijke waarborgen toevoegen aan de waarborging van de leveringszekerheid.

7. **Uitspraak hof**

Het hof meent derhalve dat geen van de aangevoerde argumenten een rechtvaardiging vormt voor de inbreuk op het vrij verkeer van kapitaal en concludeert dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten wegens strijd met het vrij verkeer van kapitaal onverbindend zijn. De vordering van een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de energiebedrijven wordt afgewezen en het hof komt niet toe aan de vraag of er tevens sprake is van strijd met het recht van vrije vestiging en het recht van eigendom.

8. **Gevolgen**

Deze uitspraak betekent voor de nog niet gesplitste energiebedrijven Delta en Eneco dat de verplichting tot splitsing (voorlopig) is komen te vervallen. De gevolgen van de uitspraak reiken echter verder dan alleen de splitsing. Ook het verbod op nevenactiviteiten is komen te vervallen. Dit betekent voor de reeds afgesplitste netwerkbedrijven zoals Liander (voorheen Nuon) en Enexis (voorheen Essent) dat zij – anders dan voorheen – ook andere commerciële activiteiten mogen verrichten dan activiteiten die betrekking hebben op infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten.

Verder heeft de uitspraak gevolgen voor de vermogensis waar netbeheerders aan dienen te voldoen op het moment van splitsing, zoals neergelegd in het Besluit financieel beheer netbeheerders. Deze vermogensis was gekoppeld aan het moment van verplichte eigendomssplitsing. Op 14 september jl. is het Besluit financieel beheer netbeheerder gewijzigd, zodat de groep waartoe de netbeheerder behoort ook bij vrijwillige splitsing dient te voldoen aan de vermogensis van 40% eigen vermogen.

9. **Reactie minister**

In haar reactie op de uitspraak bij brief van 28 juni jl. benadrukt de (voormalig) Minister van Economische Zaken nog steeds achter het groepsverbod te staan. Hoewel de minister aangeeft van mening te zijn dat het privatiseringsverbod wel absoluut is, heeft de minister toch op 2 september jl. een wetsvoorstel ingediend om het privatiseringsverbod wettelijk vast te leggen in art. 93 Elektriciteitswet 1998 en art. 85 Gaswet (32 470). In het wetsvoorstel wordt echter nog steeds de mogelijkheid tot middellijk aandeelhouderschap opengelaten en daarmee is het de vraag of de voorgestelde wetswijziging voldoende is om het privatiseringsverbod een absoluut karakter te geven en zodoende een voor de minister

gunstige uitspraak te verkrijgen. Het Besluit aandelen netbeheerders en de Regeling eigendom energienetten komen met deze wetswijziging te vervallen.

10. Tot slot

De Staat heeft de Hoge Raad om spoedbehandeling verzocht in de hoop een uitspraak te verkrijgen vóór 1 januari 2011, de dag waarop de splitsing voltooid zou moeten zijn. Het is aan de Hoge Raad om te beslissen of deze versnelling aan de orde is. De Hoge Raad zou echter

ook kunnen besluiten tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU, wat de procedure met nog eens twee jaar zou kunnen vertragen. Tot die tijd zal het voor de nog niet gesplitste energiebedrijven onzeker zijn of de volledige eigendomsplitsing zoals neergelegd in de Won alsnog op hen van toepassing zal zijn. Op grond van de Europese regelgeving is dit immers niet vereist. Inmiddels is ook het nieuwe kabinet geïnstalleerd. Uit het regeerakkoord blijkt echter al wel dat het nieuwe kabinet niet van plan is de energie-infrastructuur te privatiseren.