

Uitspraak van het Hof van Justitie van de EU ten aanzien van prejudiciële vragen over de splitsing van energiebedrijven

Bb 2014/14

Recent heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zogenoemde splitsingszaken uitspraak gedaan over prejudiciële vragen van de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van Europees recht. In deze splitsingszaken staat de rechtmatigheid van twee wettelijke verboden centraal die tot gevolg hebben dat verticaal geïntegreerde energiebedrijven in Nederland niet langer zijn toegestaan. Het Hof van Justitie oordeelt dat de betreffende verboden in beginsel een gerechtvaardigde beperking vormen van het vrije kapitaalverkeer, maar doet geen uitspraak over de vraag of deze beperking ook geschikt en evenredig is om de doelstellingen van de Nederlandse Staat te bereiken. Het is nu aan de Nederlandse rechter om met toepassing van de prejudiciële uitspraak een knoop door te hakken over de splitsing.

1. Inleiding

In de rechtsstrijd tussen de energiebedrijven Essent, Eneco en DELTA en de Nederlandse Staat over de splitsingswetgeving is weer een volgende stap gezet. Op 22 oktober jl. heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) uitspraak gedaan over de prejudiciële vragen die de Hoge Raad heeft gesteld ten aanzien van de uitleg van Europees recht (nummers C-105/12 tot en met C-107/12). Helaas brengt deze uitspraak nog geen uitsluitsel over de rechtmatigheid van de Nederlandse splitsingswetgeving. Of Eneco en DELTA, de enige energiebedrijven die momenteel nog verticaal geïntegreerd zijn, uiteindelijk gedwongen zullen worden om hun commerciële activiteiten geheel te splitsen van de netbeheersactiviteiten blijft voorlopig dan ook onzeker.

2. De splitsingswetgeving

Het is inmiddels zes jaar geleden dat energiebedrijven Essent, Eneco en DELTA gerechtelijke procedures tegen de staat zijn gestart om de splitsingswetgeving opgenomen in de Wet Onafhankelijk Netbeheer (WON) – die in 2006 werd aangenomen – onverbindend te laten verklaren. Deze splitsingswetgeving bestaat uit een zogenaamd groepsverbod en een verbod op nevenactiviteiten. Het groepsverbod beoogt dat er op aandeelhoudersniveau een eigendomssplitsing plaatsvindt tussen enerzijds de commerciële activiteiten en anderzijds de netbeheersactiviteiten van de verticaal geïntegreerde energiebedrijven. Het verbod op nevenactiviteiten 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 bijvoorbeeld het geval wanneer het betreffende bedrijf na splitsing commerciële activiteiten verricht die geen betrekking hebben op infrastructurele activiteiten of aanverwante activiteiten. Deze twee verboden, die de kern vormen van de splitsingswetgeving, zetten een streep door de gangbare groepsstructuren van verticaal geïntegreerde energiebedrijven, waar het netwerkbedrijf, het productiebedrijf en het leveringsbedrijf dochterondernemingen zijn van, en worden aangestuurd door, een holdingmaatschappij.

Met de splitsingswetgeving heeft Nederland geanticipeerd op nieuwe Europese wetgeving (het Derde Energiepakket). Toen deze Europese wetgeving er in 2009 kwam, bleek de Nederlandse wetgeving echter verstrekkender te zijn dan door de Europese regels werd voorgeschreven. Het Derde Energiepakket ziet namelijk alleen op de ontvlechting van transmissienetten, terwijl de Nederlandse splitsingswetgeving ook betrekking heeft op de distributienetten. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de splitsingswetgeving in Nederland tot veel politieke discussie heeft geleid. Op grond van deze wetgeving zou de splitsing per 1 januari 2011 doorgevoerd moeten zijn. Uiteindelijk is het echter niet zover gekomen, want op 22 juni 2010 zijn het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten door het Hof 's-Gravenhage onverbindend verklaard wegens strijd met Europees recht.

3. Procesverloop in vogelvlucht

In 2007 hebben de energiebedrijven Eneco, Essent en Delta in gerechtelijke procedures tegen de Nederlandse Staat een verklaring voor recht gevorderd dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten onverbindend zijn wegens strijd met fundamentele vrijheden waaronder het vrij verkeer van kapitaal (art. 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). De Nederlandse Staat heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de splitsingswetgeving niet getoetst hoefde te worden aan de Europese fundamentele vrijheden vanwege het feit dat art. 345 VWEU de regeling van het eigendomsrecht van de lidstaten onverlet laat en er in Nederland voor netbeheerders een privatiseringsverbod gold. Nadat de rechtbank de vorderingen van de energiebedrijven heeft afgewezen, heeft het hof het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten in hoger beroep onverbindend verklaard. Het hof oordeelde dat het privatiseringsverbod toetsing van de splitsingswetgeving aan het vrij verkeer van kapitaal niet kon voorkomen omdat het privatiseringsverbod in secundaire wetgeving was vastgelegd die zonder parlementaire toestemming gewijzigd kon worden en daardoor geen absoluut karakter had. Volgens het hof vormde de splitsingswetgeving een belemme-

¹ Cecilia van der Weijden en Suzanne Reintjes zijn beiden advocaat bij CMS Derks Star Busmann.

ring van het vrij verkeer van kapitaal en ontbrak een dwingende reden van algemeen belang die deze belemmering rechtvaardigde omdat met de splitsingswetgeving alleen een louter economisch belang werd nagestreefd (namelijk het tegengaan van kruissubsidiëring en concurrentievervalsing en het verwezenlijken van transparantie op de energiemarkt). Voor meer informatie over de uitspraak van het hof verwijzen wij naar een eerder artikel in dit tijdschrift *'Gerechtshof Den Haag: splitsen energiebedrijven in strijd met het Europees recht'*, Bb 2010/49 december 2010.

De Nederlandse Staat is vervolgens in cassatie gegaan. Daarnaast heeft de Staat, vanwege de belangrijke rol die het privatiseringsverbod in deze zaak speelt, het privatiseringsverbod een absoluut karakter willen geven door het te verplaatsen naar primaire wetgeving (de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet). In een tussenarrest van 24 februari 2012 oordeelt de Hoge Raad dat deze verplaatsing van het privatiseringsverbod echter niet relevant is, aangezien in cassatie wordt uitgegaan van de wet- en regelgeving ten tijde van de uitspraak van het hof. Bovendien meent de Hoge Raad, anders dan het hof, dat het destijds geldende privatiseringsverbod wél absoluut was, omdat het daarbij niet gaat om of het verbod in wetgeving in materiële zin is neergelegd, maar of het verbod privatisering überhaupt toestaat. Op dit punt onderscheidt het privatiseringsverbod zich volgens de Hoge Raad van de constructies in de 'gouden aandeel'-zaken waar geen sprake was van een wettelijke regeling ter voorkoming van privatisering maar waar het ging om voormalige overheidsbedrijven die wél (gedeeltelijk) geprivatiseerd waren en waarbij de overheid bijzondere zeggenschapsrechten had behouden. Vervolgens heeft de Hoge Raad drie prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd om duidelijkheid te verkrijgen over de rechtmatigheid van de Nederlandse splitsingswetgeving onder Europees recht.

4. De prejudiciële vragen

Als eerste heeft de Hoge Raad in dit kader gevraagd of het Nederlandse privatiseringsverbod onder art. 345 VWEU valt. Als deze eerste vraag bevestigend beantwoord wordt, vraagt de Hoge Raad het HvJ EU om aan te geven of dit betekent dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet getoetst hoeven te worden aan de Europese regels met betrekking tot vrij verkeer van kapitaal. Als het antwoord op deze vraag vervolgens luidt dat wel aan het vrij verkeer van kapitaal getoetst moet worden, dan vraagt de Hoge Raad het HvJ EU om aan te geven of de doelstellingen van de splitsingswetgeving een rechtvaardiging vormen voor deze beperking. Zie in dit kader ook ons artikel in dit tijdschrift *'Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het HvJ EU inzake splitsen energiebedrijven'*, april 2012.

5. Toetsing aan het vrij verkeer van kapitaal

In zijn uitspraak ten aanzien van deze prejudiciële vragen behandelt het HvJ EU de eerste en tweede vraag gezamenlijk. Het HvJ EU bevestigt dat het Nederlandse privatiseringsverbod onder art. 345 VWEU valt, maar geeft daarbij

aan dat dit niet tot gevolg heeft dat nationale regelingen van eigendomsrecht aan de fundamentele regels van het VWEU worden onttrokken. Het privatiseringsverbod, het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten moeten volgens het HvJ EU dus wel degelijk getoetst worden aan het beginsel van vrij verkeer van kapitaal en het HvJ EU concludeert dat deze verboden beperkingen vormen van het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU). Deze verboden kunnen namelijk het verwerven van aandelen of het doen van investeringen in Nederlandse, of in het buitenland gevestigde maar in Nederland actief zijnde, energie- of netwerkbedrijven blokkeren. Dit maakt het antwoord op de derde prejudiciële vraag beslissend.

6. Rechtvaardigingsgrond

In het kader van de derde prejudiciële vraag, of de door de Nederlandse Staat genoemde onderliggende economische redenen voor het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten dwingende doelstellingen van algemeen belang nastreven, verwijst het HvJ EU naar de in de considerans bij de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen vermelde doelstellingen ten aanzien van de liberalisering van de energiemarkt, te weten een niet-discriminatoire toegang tot de elektriciteits- en gasdistributienetten, markttransparantie, het tegengaan van kruissubsidiëring, het waarborgen van een stabiele elektriciteits- en gasvoorziening en het voorkomen van uitwisseling van vertrouwelijke gegevens tussen de netbeheerders en de productie- en leveringsbedrijven. Het HvJ EU is van mening dat, ook al zijn het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet door deze richtlijnen voorgeschreven, Nederland met de invoering van deze verboden feitelijk dezelfde doelstellingen – zoals hiervoor beschreven – heeft nagestreefd. Het HvJ EU leidt hieruit af dat de door de Nederlandse Staat genoemde redenen voor de invoering van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten dwingende doelstellingen van algemeen belang nastreven en dus in beginsel de geconstateerde beperkingen van de fundamentele vrijheden rechtvaardigen. Het HvJ EU doet echter geen uitspraak over de vraag of deze beperkingen ook daadwerkelijk geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van deze doelstellingen. De uiteindelijke beslissing omtrent de splitsingswetgeving blijft daardoor bij de Nederlandse rechter. Ook ten aanzien van het privatiseringsverbod laat het HvJ EU de uiteindelijke toetsing aan de Nederlandse rechter die zal moeten onderzoeken of het onderliggende belang dat de wetgever met dit verbod heeft willen dienen in aanmerking genomen kan worden als dwingend vereiste van algemeen belang.

Anders dan het HvJ EU, heeft advocaat-generaal Jääskinen zich in zijn conclusie van 16 april jl. wél uitgesproken over de proportionaliteit van de betrokken beperkingen. Volgens Jääskinen gaan het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet verder dan nodig is om de doelstellingen van transparantie en het voorkomen van verstoringen van mededinging op de energiemarkt te voorkomen en vormen deze verboden daarom gerechtvaardigde beperkingen van

het vrij verkeer van kapitaal. Of dit oordeel door de rechter gevolgd zal worden is niet zeker. Een belangrijk tegenargument lijkt het feit dat Nederland het enige Europese land is dat eigendomssplitsing van de distributienetwerken voorschrijft.

7. Uitstel of afstel?

Nu de Hoge Raad een antwoord heeft op zijn prejudiciële vragen zal de cassatieprocedure worden voortgezet. Partijen zullen door middel van toelichtingen kunnen reageren op de antwoorden van het HvJ EU, waarna de Hoge Raad uitspraak zal doen. Als de Hoge Raad meent dat uit de gegrondverklaring van de cassatieklachten onmiddellijk voortvloeit wat de einduitkomst van het geding moet zijn, zal de Hoge Raad de zaak zelf afdoen. De Hoge Raad moet het geding echter verwijzen naar een hof als er na vernietiging moet worden beslist over feiten waarover nog geen uitspraak is gedaan, tenzij dit punten van ondergeschikte aard betreft. In dit geval lijkt er een goede kans te zijn op verwijzing om in een feitelijke behandeling vast te stellen of de splitsingswetgeving het noodzakelijke en gerechtvaardigde middel is om eerdergenoemde doelstellingen van de Staat te bereiken. Dit betekent dat een definitief oordeel in deze zaak nog een paar jaar op zich kan laten wachten; temeer omdat bij verwijzing weer opnieuw cassatie mogelijk is.

Ondertussen vindt momenteel in de politiek weer volop discussie plaats over de splitsingswetgeving. In een poging om het geschil niet in de rechtszaal maar in de politiek te beslechten hebben SP, CDA, PvdA, GL, D66 en CU naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU Kamervragen gesteld waarin de Minister van Economische Zaken is gevraagd of Nederland de splitsing zou moeten doorzetten nu blijkens een door PwC opgesteld rapport de beoogde maatschappelijke voordelen van splitsing uitblijven, sprake is van negatieve effecten voor de nog geïntegreerde energiebedrijven (DELTA en ENECO) en – tegen de verwachting in 2006 – eigendomssplitsing van de distributienetwerken in andere Europese landen niet verplicht is gesteld. De minister heeft in antwoord hierop aangegeven niet vooruit te willen lopen op de uitspraak van de Hoge Raad.

De aan de minister voorgelegde vraag is echter een andere dan de vraag waarover de Hoge Raad zich buigt en, in onze optiek, een even belangrijke. Als de Hoge Raad de Nederlandse splitsingswetgeving verenigbaar acht met Europees recht, zou alsnog besloten kunnen worden om de Nederlandse wetgeving op dit punt aan te passen en de energiebedrijven die momenteel nog verticaal geïntegreerd zijn niet te dwingen om te splitsen. Wij zouden het echter zinvol achten om niet te wachten op een rechterlijke uitspraak, maar alle voor- en nadelen van de splitsing in de huidige energiemarkt met de kennis van nu zorgvuldig in kaart te brengen zodat op korte termijn een weloverwogen beslissing over dit heikele onderwerp genomen kan worden. Voor nu blijft de vraag of sprake is van uitstel van executie of dat de afsplitsing van de distributienetwerken definitief van de baan is nog onbeantwoord. Wordt vervolgd.