

# Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU inzake splitsen energiebedrijven

De Hoge Raad heeft op 24 februari 2012 tussenarrest gewezen in het door de Staat aangespannen cassatieberoep over de gedwongen eigendomssplitsing van energiebedrijven op grond van de Wet onafhankelijk netbeheer. De Hoge Raad heeft besloten drie prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJEU) over de uitleg van het Europese verdragsrecht alvorens definitief te beslissen. Het cassatieberoep van de Staat is gericht tegen de drie uitspraken van het gerechtshof Den Haag van 22 juni 2010 in de zaken tussen de Staat en de energiebedrijven Eneco, Essent en DELTA. Het hof verklaarde het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten zoals opgenomen in de Wet onafhankelijke netbeheer onverbindend wegens strijd met het vrij verkeer van kapitaal van art. 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Het hof stelde hiermee de energiebedrijven in het gelijk bij hun verzet tegen de splitsing.

## **Het groepsverbod, het verbod op nevenactiviteiten en het privatiseringsverbod**

Het gaat in de procedure om de rechtmatigheid van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten welke zijn ingevoerd met de Wet onafhankelijk netbeheer van 2006. Met het groepsverbod wordt feitelijk beoogd dat er een eigendomssplitsing plaatsvindt op aandeelhoudersniveau tussen enerzijds de commerciële activiteiten en anderzijds de netbeheersactiviteiten van 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. De splitsing zou op grond van de verboden al op 1 januari 2011 moeten zijn gerealiseerd, maar is door de uitspraak van het hof voorlopig uitgesteld.

Tevens speelt in de procedure het verbod tot privatisering van energiebedrijven een rol. In de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is bepaald dat netbeheerders direct of indirect in publieke handen dienen te blijven. Tot voor kort was dit privatiseringsverbod deels neergelegd in lagere regelgeving, namelijk in het Besluit aandelen netbeheerders. Het hof oordeelde echter dat het privatiseringsverbod hiermee niet absoluut was omdat een besluit gemakkelijk door een minister is te wijzigen. Mede daarom oordeelde het hof dat het privatiseringsverbod niet aan toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten aan het Europese verdragsrecht in de weg stond, zijnde het standpunt van de Staat.

De toenmalige minister van Economische Zaken heeft ná de uitspraak van het hof met spoed het privatiseringsverbod volledig in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet laten opnemen, welke wetswijziging op 17 november 2010 in werking is getreden.

## **Prejudiciële vragen I, II en III**

De Hoge Raad formuleert in zijn tussenarrest drie prejudiciële vragen ten aanzien van de uitleg van het verdragsrecht. De Hoge Raad vraagt het HvJEU (I) of het privatiseringsverbod een regeling van het eigendomsrecht is als bedoeld in art. 345 VWEU. Wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord vraagt de Hoge Raad het HvJEU om (II) aan te geven of dat tot gevolg heeft dat de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet van toepassing zijn op het groepsverbod en het verbod van nevenactiviteiten, althans dat aan toetsing van die verboden aan de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen.

Indien de eerste twee vragen ontkennend worden beantwoord zal de Hoge Raad dienen te beoordelen of het groepsverbod een beperking van het vrij verkeer van kapitaal oplevert en of hiervoor een rechtvaardiging bestaat. Hiertoe stelt de Hoge Raad de vraag of (III) de doelstellingen die aan de Wet onafhankelijk netbeheer ten grondslag liggen (waaronder transparantie op de energiemarkt en voorkoming van concurrentievervalsing door kruissubsidiëring tegen te gaan) als dwingende redenen van algemeen belang een rechtvaardiging kunnen vormen voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal.

### Zienswijze Hoge Raad

In afwachting van de uitspraak van het HvJEU heeft de Hoge Raad het cassatiegeding geschorst en iedere verdere beslissing aangehouden. Niettemin geeft de Hoge Raad in het tussenarrest al zijn zienswijze op een aantal belangrijke punten. De Hoge Raad is onder meer van oordeel - in tegenstelling tot het hof - dat het privatiseringsverbod zoals neergelegd in de wetgeving van vóór de wetwijziging van 17 november 2010 wél absoluut is. Dat het (deels) in lagere wetgeving is neergelegd doet er volgens de Hoge Raad niet toe. De Hoge Raad geeft ook aan van oordeel te zijn dat het privatiseringsverbod een regeling van eigendomsrecht is als bedoeld in art. 345 VWEU, aangezien het gaat om een absoluut privatiseringsverbod waardoor iedere vorm van privatisering wordt voorkomen.

Eén en ander betekent volgens de Hoge Raad dat het hof op ondeugdelijke gronden heeft beslist dat het primaire verweer van de Staat niet opgaat: namelijk dat het privatiseringsverbod in de weg staat aan de toetsing van het groepsverbod en het verbod van nevenactiviteiten aan het vrije kapitaalverkeer. Dit heeft echter niet zonder meer tot gevolg dat het verweer van de Staat tot cassatie van de uitspraak van het hof moet leiden. Of dit het geval zal zijn hangt af van de beantwoording van de prejudiciële vragen door het HvJEU.

In het kader van de derde prejudiciële vraag wijst de Hoge Raad er op dat de door de Staat ter rechtvaardiging van het groepsverbod ingeroepen doelstellingen van transparantie op de energiemarkt en het voorkomen van concurrentievervalsing door het tegengaan van kruissubsidiëring door het Europese Parlement en de Raad (mede) ten grondslag zijn gelegd aan de derde



Hoewel deze richtlijnen eigendomssplitsing niet verplicht stellen, zou het feit dat de splitsing mede ter bereiking van deze doelstellingen geldt volgens de Hoge Raad een aanwijzing kunnen zijn dat deze doelstellingen (mede) een publiek, niet economisch karakter hebben en onder omstandigheden ook als dwingende redenen van algemeen belang kunnen worden aangemerkt.

#### **Reactie minister**

Op 12 maart 2012 heeft de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de Tweede Kamer geïnformeerd over het tussenarrest en het vervolg. De minister geeft aan dat hij verwacht voor het zomerreces het standpunt van de Staat over de beantwoording van de prejudiciële vragen in te dienen bij het HvJEU. De minister voelt zich gesteund door de Europese Commissie vanwege haar steun bij de totstandkoming van de Wet onafhankelijk netbeheer. De minister geeft aan de Europese Commissie te verzoeken om actieve steun te verlenen voor het standpunt van de Nederlandse Staat. De minister doelt hierbij op de mogelijkheid van de Europese Commissie om schriftelijke opmerkingen in te dienen bij het HvJEU.

#### **Tot slot**

De Hoge Raad lijkt er, gelet op de in het tussenarrest opgenomen zienswijze, toe te neigen de Staat op belangrijke punten in het gelijk te stellen. Wanneer de uitspraak van het hof inderdaad wordt vernietigd, zal het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet langer onverbindend zijn en zullen Eneco en DELTA alsnog tot splitsing dienen over te gaan. Daarnaast zal in dat geval ook het verbod op nevenactiviteiten gaan gelden voor de activiteiten van alle netwerkbedrijven.

Vooraleerst zal echter de beantwoording van de prejudiciële vragen door het HvJEU moeten worden afgewacht. De uiteindelijke uitspraak van de Hoge Raad is hiermee mogelijk met een jaar of twee vertraagd. Voor de nog niet gesplitste energiebedrijven Eneco en DELTA betekent dit in ieder geval een nader uitstel voor het uitvoeren van de splitsing.



#### **Jacqueline Feld**

Advocaat

T +31 20 3016 440

M +31 6 27 129 558

E [jacqueline.feld@cms-dsb.com](mailto:jacqueline.feld@cms-dsb.com)