

Vergaderjaar 2011–2012

**30 212**

## **Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer**

**Nr. 79**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN, LANDBOUW EN INNOVATIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 12 maart 2012

Vrijdag 24 februari jl. heeft de Hoge Raad der Nederlanden tussenarrest gewezen in de drie cassatieberoepen die door de Staat zijn aangespannen over de Wet onafhankelijk netbeheer. Het Gerechtshof Den Haag sprak op 22 juni 2010 de onverbindendheid uit van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten, die beide zijn opgenomen in de Wet onafhankelijk netbeheer. In de cassatieberoepen bij de Hoge Raad wordt door de Staat de juistheid betwist van deze arresten in de zaken tussen de Staat en respectievelijk Essent, Eneco en Delta. In deze brief licht ik de betekenis toe van de tussenarresten van de Hoge Raad. Tevens informeer ik u over het vervolg.

#### **De inhoud en het effect van de tussenarresten van de Hoge Raad**

De Hoge Raad heeft bij de tussenarresten van 24 februari besloten om het Hof van Justitie van de Europese Unie drie vragen voor te leggen over hoe het recht van de Europese Unie moet worden uitgelegd. Een antwoord van het Hof van Justitie op deze vragen acht de Hoge Raad noodzakelijk om tot een eindoordeel te kunnen komen over de cassatieberoepen. In afwachting van de beantwoording van deze vragen door het Hof van Justitie is de verdere behandeling van de cassatieberoepen opgeschort.

#### **De gestelde vragen**

De drie vragen die de Hoge Raad aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd luiden als volgt:

- I. Moet artikel 345 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) aldus worden uitgelegd dat onder «een regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten» ook de regeling valt van het in deze zaak aan de orde zijnde absolute privatiseringsverbod zoals is

- opgenomen in het Besluit aandelen netbeheerders in verbinding met artikel 93 Elektriciteitswet 1998 en artikel 85 Gaswet, inhoudende dat de aandelen in een netbeheerder uitsluitend binnen de kring van de overheid kunnen worden overgedragen?
- II. Indien vraag I bevestigend wordt beantwoord, heeft dat dan tot gevolg dat de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet van toepassing zijn op het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten, althans dat aan de toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten aan de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen?
- III. Zijn de mede aan de Wet onafhankelijk netbeheer ten grondslag gelegde doelstellingen om door middel van het tegengaan van kruissubsidiëring in ruime zin (daaronder begrepen strategische informatie-uitwisseling) transparantie op de energiemarkt te bewerkstelligen en concurrentievervalsing te voorkomen, zuiver economische belangen, of kunnen ze mede als belangen van niet-economische aard aangemerkt worden, in die zin dat ze onder omstandigheden als dwingende redenen van algemeen belang een rechtvaardiging kunnen vormen voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal?

### **Duiding van de vragen**

Deze beslissing van de Hoge Raad om vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie komt niet onverwacht. In cassatie zijn principiële Europees-rechtelijke aspecten aan de orde gekomen en de Advocaat-Generaal had in zijn conclusie ook geadviseerd om vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie.

De drie vragen raken de kern van de zaak. De eerste twee vragen gaan over de kwestie of het groepsverbod en verbod op nevenactiviteiten überhaupt aan het vrij verkeer van kapitaal moeten worden getoetst. De aandelen van de netbeheerders moeten immers direct of indirect volledig in publieke handen zijn, waardoor particuliere investeerders hoe dan ook niet in de netbeheerders kunnen investeren. Met de eerste twee vragen wil de Hoge Raad aan het Hof van Justitie helder krijgen hoe ver het effect strekt van een dergelijk absoluut privatiseringsverbod ten aanzien van de toepasselijkheid van het vrij verkeer van kapitaal. De derde vraag is relevant ingeval het Hof van Justitie stelt dat het groepsverbod en verbod op nevenactiviteiten wel getoetst moeten worden aan het vrij verkeer. Dan is de vraag aan de orde of de belangen van transparantie op de energiemarkt en voorkoming van concurrentievervalsing ook als rechtvaardiging van een belemmering kunnen worden ingeroepen.

De Hoge Raad heeft naast bovengenoemde drie vragen ook op een aantal punten inhoudelijk richting gegeven. De Hoge Raad heeft allereerst uitdrukkelijk het standpunt van het Gerechtshof Den Haag verworpen dat het privatiseringsverbod niet absoluut van karakter zou zijn. De Hoge Raad onderstreept het absolute karakter van het privatiseringsverbod. Met dit oordeel wordt zowel het standpunt van de regering als van uw Kamer erkend, dat het privatiseringsverbod absoluut van karakter is en ook altijd zo bedoeld is geweest.

In het verlengde daarvan geeft de Hoge Raad aan dat met het absolute privatiseringsverbod naar zijn oordeel (en net als de Staat stelt) inderdaad sprake is van een regeling van eigendomsrecht als bedoeld in artikel 345 VWEU waardoor in verschillende situaties beperkingen kunnen zijn in de toepasselijkheid van het vrij verkeer van kapitaal. Hoe ver en in welke situaties dit beperkende effect optreedt is voor de Hoge Raad echter niet duidelijk.

Tenslotte merkt de Hoge Raad bij de derde vraag op dat de aangehaalde belangen die mogelijk een rechtvaardiging voor een inbreuk op het vrij verkeer van kapitaal kunnen vormen, ook belangen zijn die de Europese wetgever heeft aangehaald bij de vaststelling van het derde energiepakket. Daarin is besloten tot het regime van volledige juridische en economische eigendomssplitsing voor transmissiesysteembeheerders. De Hoge Raad ziet een parallel tussen hetgeen de Nederlandse wetgever heeft gedaan voor distributiesysteembeheerders en hetgeen de Europese wetgever heeft gedaan voor transmissiesysteembeheerders.

### **Vervolg**

De verdere behandeling van het cassatieberoep door de Hoge Raad is opgeschort tot het Hof van Justitie de prejudiciële vragen heeft beantwoord. Gedurende deze periode worden de vragen van de Hoge Raad door het Hof van Justitie in een procedure behandeld (de zogeheten prejudiciële procedure). Gemiddeld duurt het 18 tot 24 maanden voordat het Hof van Justitie tot een antwoord komt op prejudiciële vragen. Daarna kan de Hoge Raad op relatief korte termijn tot een eindoordeel komen.

De partijen in de zaak voor de Hoge Raad (Delta, Eneco en Essent, de Nederlandse regering) kunnen schriftelijke opmerkingen indienen bij het Hof van Justitie om hun standpunt weer te geven over hoe de vragen van de Hoge Raad door het Hof van Justitie beantwoord kunnen worden. Daarnaast kunnen ook andere lidstaten en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen indienen over hun standpunt.

Uiteraard zal de Nederlandse regering haar standpunt indienen over hoe de gestelde vragen beantwoord moeten worden, zowel schriftelijk als mondeling. De gemachtigde van de Nederlandse regering bij het Hof van Justitie zal dit doen. Naar verwachting zal het schriftelijke standpunt uiterlijk voor het zomerreces worden ingediend. Dit standpunt is vanzelfsprekend mede gebaseerd op de lijn die de Staat tot nu heeft gevolgd voor de nationale rechter.

Tot slot zal ik de Europese Commissie verzoeken om actieve steun voor het Nederlandse standpunt, gelet op de actieve inbreng en politieke steun die de Commissie heeft verleend bij de totstandkoming van de wet.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen