

Breaking up is hard to do?

Hancher, L.

Published in:
Energie Actueel

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Hancher, L. (2010). Breaking up is hard to do? *Energie Actueel*, 2010(10), 10.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Breaking up is hard to do?

Het arrest van het Hof Den Haag van 22 juni 2010 was voor velen een grote verassing. Zoals bekend waren Delta, Eneco en Essent een procedure gestart tegen het groepsverbod zoals vastgesteld in de Wet onafhankelijk netbeheer. De splitsing van de geïntegreerde energiebedrijven is door de minister van EZ altijd verkocht met een Europees tintje; ook al is de splitsing tot op heden niet verplicht gesteld op grond van de Europese richtlijnen, dat zou het binnen afzienbare tijd wel worden. Delta cum suis stelde dat het groepsverbod strijdig is met de Europese regels omtrent het vrije verkeer van kapitaal en het recht op vrije vestiging. De rechtbank had deze vordering afgewezen, maar het Haagse Gerechtshof stelde Delta c.s. in het gelijk.



Door
Leigh Hancher

De belangrijkste bevinding van het Hof betreft het privatiseringsverbod dat opgenomen is in de Elektriciteitswet en Gaswet. Voordat het Hof ingaat op de stelling van Delta c.s. behandelt het Hof eerst de vraag of het privatiseringsverbod een absoluut karakter heeft. Daarna gaat het Hof in op de vraag of het privatiseringsverbod van artikel 345 VWEU kan profiteren, waarin – kort gezegd – staat dat het Unieverdrag neutraal is ten aanzien van eigendomsrechten. De Staat had in zijn verweer een beroep op dit artikel gedaan en gesteld dat het de Staat vrijstond het privatiseringsverbod vast te stellen. Door het privatiseringsverbod konden de aandelen in een netbeheerder geen voorwerp van private investering zijn, zodat de regels van het vrije kapitaalverkeer en vrije vestiging niet van toepassing zijn op het groepsverbod. Na een korte en krachtige analyse van de wetsgeschiedenis constateert het Hof dat er geen sprake is van een absoluut verbod op de privatisering van de netbeheerder, aangezien de wetgever de mogelijkheid van privatisering van de netbeheerder uitdrukkelijk heeft opengelaten. Ook het verweer van de Staat dat het privatiseringsverbod gedekt wordt door het Unieverdrag en dan vooral artikel 345 VWEU gaat niet op.

De vraag rijst: en wat nu? De Staat heeft aangekondigd in cassatie te zullen gaan. In de politiek is enige ‘outcry’ geweest: het is toch aan de politiek en niet de rechter om te bepalen hoe het algemeen belang moet worden beschermd? Daarnaast heeft de minister onlangs aangekondigd het privatiseringsverbod te “verabsoluteren”. De vervolgvraag is of een absoluut privatiseringsverbod het groepsverbod uit de wind kan houden? Daarbij lijkt alles om de uitleg van artikel 345 VWEU te draaien.

Het Hof stelde in haar arrest vast dat uit artikel 345 VWEU slechts volgt

dat het Unieverdrag geen verbod inhoudt van maatregelen tot nationalisatie of privatisering, maar dat dat niet inhoudt dat dergelijke maatregelen niet in strijd kunnen komen met specifieke Verdragsbepalingen, zoals de bepalingen omtrent het vrije verkeer van kapitaal. Met andere woorden, dit artikel vrijwaart het privatiseringsverbod niet van toetsing aan de vrij verkeerbepalingen. Het Europese Hof heeft deze uitleg op 8 juli jl. nogmaals bevestigd in een zaak tegen Portugal. Portugal had de privatisering van haar telecomonderneming willen regelen via een ‘gouden aandeel-constructie’. Een poging artikel 345 VWEU erbij te halen, sneed geen hout bij de Europese rechters.

De jurisprudentie komt allemaal neer op de vraag of een lidstaat mag kiezen haar entiteiten wel of niet in staats eigendom te houden, maar de wijze waarop een (energie-) bedrijf wordt geprivatiseerd of genationaliseerd moet wel binnen de regels van het Unieverdrag blijven. Als dat niet zo is, biedt artikel 345 VWEU geen soelaas. Het lijkt er dus op dat het daarbij niet uitmaakt of het privatiseringsverbod absoluut is of niet. De enige uitweg voor de Staat om het groepsverbod te redden, lijkt aldus de rechtvaardiging van de inbreuk op de vrij verkeerbepalingen als noodzakelijk uit het oogpunt van het algemeen belang.

De lezer van het arrest van 22 juni krijgt echter snel het gevoel dat het Hof niet erg onder de indruk is van deze aanpak van de Staat. Als de Staat er niet in slaagt om te onderbouwen waarom het groepsverbod noodzakelijk is, dan houdt het op. Hetzelfde zal moeten gelden voor het privatiseringsverbod. Waarom uit een oogpunt van consumentbescherming het groepsverbod noodzakelijk is naast de huidige tariefregulering van de netbeheerders was “onvoldoende duidelijk”.

Naar het oordeel van het Hof was het ook onduidelijk wat het groepsverbod toevoegt aan de reeks van andere voorzieningen en regels in de wetgeving om de leveringzekerheid te waarborgen. Het hof constateert dat “in het geheel niet inzichtelijk” is gemaakt welk niveau van leveringszekerheid met de splitsing wordt nagestreefd. “Niet het voorkomen van elk risico op storing, hoe klein ook, levert immers een rechtvaardiging voor een inbreuk op het vrije verkeer op.” Het Nederlandse netwerk geldt als een van de meest storingvrije van Europa, aldus het Hof.

De zaak ligt aldus binnenkort bij de Hoge Raad. Het groepsverbod zal wellicht nog een dieper Europees tintje krijgen wanneer het Europese Hof zich over deze materie mag buigen. Met of zonder een absoluut privatiseringsverbod is duidelijkheid over het groepsverbod voorlopig niet in zicht.

Leigh Hancher is hoogleraar Europees Recht aan de Universiteit van Tilburg, adviseur bij Allen & Overy Amsterdam en lid van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. ■