

> Retouradres Postbus 20101 2500 EC Den Haag

De Voorzitter van de Eerste Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 22
2513 AA 's-GRAVENHAGE

**Directoraat-generaal voor
Energie, Telecom en Markten**

Bezoekadres
Bezuidenhoutseweg 30
2594 AV Den Haag

Postadres
Postbus 20101
2500 EC Den Haag

Factuuradres
Postbus 16180
2500 BD Den Haag

T 070 379 8911 (algemeen)
www.rijksoverheid.nl/ez

Datum 28 juni 2010

Betreft Reactie uitspraak Gerechtshof Den Haag 22 juni 2010 over de WON

Ons kenmerk
ETM / 10098562

Op dinsdag 22 juni jl. heeft het Gerechtshof Den Haag arrest gewezen in de drie hoger beroepzaken die waren aangespannen door respectievelijk Delta, Eneco en Essent. In dit hoger beroep werd een eerder vonnis van de rechtbank Den Haag aangevochten. In het vonnis van de rechtbank werd de geldigheid van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten van de Wet Onafhankelijk Netbeheer (hierna: WON) bevestigd en werden de argumenten van voornoemde bedrijven verworpen. De rechtbank oordeelde – kort gezegd – dat de Staat op toereikende gronden had aangetoond dat het groepsverbod een noodzakelijk en proportioneel middel was voor de bescherming van leveringszekerheid en de daaraan rechtsreeks gerelateerde bescherming van consumenten.

Het Gerechtshof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. Daarbij heeft het Gerechtshof verklaard dat zowel het groepsverbod als het verbod op nevenactiviteiten zoals neergelegd in de WON in strijd zijn met het Europese vrij verkeer van kapitaal. Het Gerechtshof heeft daarbij ook een interpretatie van de reikwijdte en betekenis van het privatiseringsverbod gegeven, op grond waarvan de aandelen in netbeheerders en de juridische eigendom van de netten direct of indirect in publieke handen moeten zijn. De geldigheid van het privatiseringsverbod is door de uitspraak evenwel niet aangetast. Ik heb inmiddels besloten tegen deze uitspraak in cassatie te gaan bij de Hoge Raad.

Op verzoek van de Tweede Kamer ga ik in deze brief in op de achtergrond van het hoger beroep bij het Gerechtshof, mijn inhoudelijke beoordeling hiervan en geef ik een inschatting van de directe gevolgen. Ook informeer ik u over de stappen die ik thans onderneem.

Strekking van het standpunt van het Gerechtshof Den Haag

Het Gerechtshof heeft de voor deze brief relevante juridische kernvragen die in hoger beroep aan bod kwamen als volgt samengevat:

1. Staat het privatiseringsverbod gelet op artikel 345 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (artikel 295 EG) er aan in de weg dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten kunnen worden getoetst aan de bepalingen omtrent het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging?
2. Vormen het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten een belemmering van het vrije kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging?

3. Zo ja, wordt een dergelijke belemmering gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang?

Het Gerechtshof is van oordeel dat het privatiseringsverbod geen absoluut karakter heeft en dat derhalve toetsing aan het vrij verkeer van kapitaal aan de orde is. Het voert hierbij twee gronden aan. Ten eerste geeft het Hof aan dat het privatiseringsverbod niet uitdrukkelijk en volledig op formeel wetsniveau is vastgelegd, maar (mede) op het niveau van een algemene maatregel van bestuur. Deze algemene maatregel van bestuur zou gemakkelijk te wijzigen zijn. Ten tweede is middellijk aandeelhouderschap toegestaan. Immers, de aandelen in de netbeheerder kunnen gehouden worden door een andere onderneming die zelf weer in handen van de overheid is. Volgens het Gerechtshof kunnen de aandelen hierdoor tussen deze ondernemingen worden verhandeld en zou er dus geen sprake van een absoluut privatiseringsverbod.

Het Gerechtshof oordeelt vervolgens dat het groepsverbod zelfstandig een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal vormt en niet gerechtvaardigd wordt door publieke belangen. Het Gerechtshof betwist in de kern dat het Europees recht de lidstaten de ruimte laat om publieke belangen zoals de bescherming van de consument en het waarborgen van de leveringszekerheid door middel van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten vorm te geven. Een beroep op deze belangen ter rechtvaardiging van een inbreuk op het vrij verkeer van kapitaal, is volgens het Hof niet gerechtvaardigd, omdat deze belangen niet de belangen zijn, die de WON nastreeft. In het kader van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets komt het Gerechtshof tot de conclusie dat de WON verder gaat dan het reeds toen geldende kader (I&I-wet), maar dat de Staat onvoldoende heeft kunnen aantonen dat de WON een noodzakelijke en extra bijdrage levert aan de leveringszekerheid en de bescherming van de consument die proportioneel is.

Beoordeling

Ten aanzien van de vraag in hoeverre getoetst moet worden aan het vrij verkeer van kapitaal merk ik het volgende op over de interpretatie van het wettelijk kader van het privatiseringsverbod. Het verbod is naar mijn oordeel eenduidig vastgelegd in de door de wet nauw geclausuleerde algemene maatregel van bestuur. Over deze maatregel is uitgebreid van gedachten gewisseld met beide Kamers der Staten-Generaal. Bovendien is toegezegd dat een wijziging van het Besluit aandelen netbeheerders waarbij (minderheids)privatisering mogelijk wordt bij de Staten-Generaal wordt voorgehangen¹. Bovendien is middellijk (publiek) aandeelhouderschap een bekende methode – ook op Europees niveau - om publiek aandeelhouderschap en eigendom mede vorm te geven. Middellijk publiek aandeelhouderschap ontnemt niet het overheidskarakter van het eigendom van de aandelen.

¹ Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II, 2006-2007, 30 212, nr. 58, blz. 13

Voor zover toetsing aan het vrij verkeer van kapitaal aan de orde zou zijn, wijs ik erop dat voor de regering en de Staten-Generaal bij de vaststelling van de WON juist de bescherming van publieke belangen, zoals transparantie van de energiemarkt, leveringszekerheid en de bescherming van de consument, voorop heeft gestaan. Centraal bij de WON was en is een goede borging van publiek en onafhankelijk netbeheer. Een belangrijke voorwaarde voor de inwerkingtreding van het groepsverbod was het gevaar dat commerciële risico's zouden worden afgewenteld op het netbeheer. Afwenteling van deze risico's betekent onherroepelijk dat er minder financiële middelen beschikbaar zijn om te investeren in onderhoud en uitbreiding van het net en tast daarmee de betrouwbaarheid aan van de Nederlandse netten en de Nederlandse leveringszekerheid. Dit kan eveneens leiden tot een opwaartse druk op de tarieven ten nadele van de consument. Het groepsverbod biedt maximale transparantie en dientengevolge een effectief en eenvoudig toezicht. In deze visie staat Nederland niet alleen: de Europese wetgever heeft – weliswaar voor transmissiesysteembeheerders – een vergelijkbare aanpak gekozen door in het derde energiepakket ondermeer de volledige eigendomsontvlechting op te nemen.

Het oordeel van het Gerechtshof zou tot gevolg hebben dat door middel van marktordeningswetgeving publieke belangen niet geborgd kunnen worden, omdat bij marktordering vooral economische en mededingingsbelangen spelen. Dat gaat er echter aan voorbij dat dergelijke wetgeving nu juist wordt vastgesteld om de publieke belangen beter te borgen.

Door de regering en beide Kamers der Staten-Generaal is voldoende stilgestaan bij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten ten opzichte van de reeds geldende wetgeving. Deze aspecten zijn uitvoerig in de parlementaire behandeling van de WON aan de orde geweest. Bovendien is er niet over één nacht ijs gegaan: niet alleen bij de vaststelling van de WON is er uitgebreid stilgestaan, ook bij de uiteindelijke inwerkingtreding van het groepsverbod is door de regering en beide Kamers vastgesteld dat een verdergaand optreden door middel van het groepsverbod noodzakelijk was. Door zo indringend en uitgebreid in te gaan op de noodzakelijkheid van de WON gaat het Gerechtshof mijns inziens verder dan de toetsing die volgens het Europees recht wordt gevraagd. Daarmee treedt het Gerechtshof vol in de uitvoerige afwegingen die de formele wetgever eerder al heeft gemaakt. De borging van de genoemde publieke belangen waren en zijn naar mijn oordeel meer dan voldoende reden voor inwerkintreding van het groepsverbod, zoals uitvoerig gewisseld met beide Kamers der Staten-Generaal.

Vervolgstappen

De arresten van het Gerechtshof zijn voor mij aanleiding voor het stellen van verschillende rechtsvragen die zich lenen voor een oordeel door de Hoge Raad. Gelet op het principiële karakter is een oordeel van de hoogste Nederlandse rechter wenselijk. In dat kader heb ik reeds publiekelijk het voornemen aangekondigd om cassatie in te stellen bij de Hoge Raad tegen deze arresten van het Gerechtshof.

Gelet op het belang om de rechtsonzekerheid over de geldigheid van zowel het groepsverbod als het verbod op nevenactiviteiten bij alle belanghebbenden zo kort mogelijk te laten duren, zal ik zo snel mogelijk het cassatieberoep bij de Hoge Raad laten instellen. Ook zal ik de Hoge Raad verzoeken om een spoedbehandeling van deze zaak en een zo spoedig mogelijk oordeel te vellen over de arresten van het Gerechtshof.

Wat betreft het privatiseringsverbod geldt zoals aangegeven dat dit onverkort van kracht is. De vormgeving daarvan zal ik evenwel aanpassen door het verbod op formeel wetsniveau vast te leggen. Ik zal op zeer korte termijn het voorstel daarvoor indienen.

Gevolgen van de uitspraken van het Gerechtshof

De arresten van het Gerechtshof Den Haag hebben geen directe gevolgen voor die bedrijven waarbij de splitsing reeds is afgerond. Bedrijven die nog in het splitsingsproces verkeren hoeven vooralsnog niet te voldoen aan het groepsverbod. Zij dienen in hun afweging te betrekken dat de Hoge Raad nog definitief uitspraak moet doen over de geldigheid of onverbindendheid van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteit.

Tenslotte merk ik op dat alle andere bepalingen van de WON verbindend zijn. Het Gerechtshof heeft alleen de onverbindendheid van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten uitgesproken. Over de verbindendheid van alle andere bepalingen van de WON heeft de rechter geen oordeel uitgesproken. Zoals gezegd geldt dat ook voor het privatiseringsverbod. Dat betekent dat energiebedrijven niet met inbegrip van de energienetwerken geprivatiseerd kunnen worden.

Ten aanzien van de eventuele schade en kosten die voortvloeien uit deze uitspraken van het Gerechtshof valt in dit stadium geen inschatting te geven. Eerst dient te blijken of de arresten van het Gerechtshof stand houden.

(w.g.) Maria J.A. van der Hoeven
Minister van Economische Zaken