



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. JÄÄSKINEN  
van 16 april 2013<sup>1</sup>

**Gevoegde zaken C-105/12 tot en met C-107/12**

**Staat der Nederlanden**  
**tegen**  
**Essent NV en Essent Nederland BV (C-105/12),**  
**Eneco Holding NV (C-106/12),**  
**Delta NV (C-107/12)**

(verzoeken van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Beheerders van energiedistributienetten — Absoluut privatiseringsverbod — Regeling van het eigendomsrecht — Verbod om groepen te vormen die zowel beheerders van energiedistributienetten als vennootschappen die energie verhandelen, leveren of produceren omvatten — Aan beheerders van energiedistributienetten opgelegd verbod op nevenactiviteiten — Vrij verkeer van kapitaal — Beperkingen — Rechtvaardiging — Evenredigheid — ‚Zuiver economische’ rechtvaardiging — Eerlijke mededinging (‚level playing field’)”

### I – Inleiding

1. De Hoge Raad der Nederlanden verzoekt het Hof om uitlegging van de artikelen 63 VWEU en 345 VWEU, welk verzoek is gedaan in het kader van gedingen tussen de Staat der Nederlanden en Essent NV en Essent Nederland BV (zaak C-105/12), Eneco Holding NV (zaak C-106/12) en Delta NV (zaak C-107/12) (hierna samen: „vennootschappen”), zijnde verschillende vennootschappen die in Nederland actief zijn op het gebied van de distributie van elektriciteit en gas. De gedingen hebben betrekking op verschillende Nederlandse wettelijke bepalingen die op deze sectoren van toepassing zijn.

2. De Hoge Raad der Nederlanden heeft in het kader van deze drie, door het Hof gevoegde, zaken drie prejudiciële vragen gesteld:

- de eerste vraag heeft betrekking op het in Nederland bij wet ingevoerde „privatiseringsverbod”, dat voorkomt dat beheerders van elektriciteit- en gasdistributienetten<sup>2</sup> in handen komen van private partijen, bezien in het licht van artikel 345 VWEU;
- de tweede vraag betreft de beoordeling aan de hand van de maatstaf van het vrij verkeer van kapitaal van twee andere door de Nederlandse wetgeving in het leven geroepen verboden die respectievelijk inhouden dat beheerders van dergelijke distributienetten geen banden mogen hebben met vennootschappen die in Nederland elektriciteit of gas produceren, leveren of

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Frans.

<sup>2</sup> — In deze conclusie verwijzen de begrippen „netwerk” en „netwerkbeheerder” steeds naar de netwerken voor de distributie van elektriciteit en gas in Nederland. Wanneer het gaat om transmissienetwerken, wordt dit uitdrukkelijk vermeld.

verhandelen (hierna: „energievennootschappen”) (hierna: „groepsverbod”), en geen andersoortige, aan het netbeheer wezensvreemde activiteiten mogen uitoefenen (hierna: „verbod op nevenactiviteiten”), en

- met de derde vraag wordt aan de orde gesteld of er „dwingende vereisten van algemeen belang” zijn die een rechtvaardiging voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal vormen, voor zover het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten een beperking ervan vormen.

3. Met de onderhavige zaken wordt het Hof dus opnieuw verzocht om een uitlegging van het VWEU en met name de verhouding tussen de artikelen 345 VWEU en 63 VWEU met betrekking tot de maatregelen ter liberalisering van een strategische economische sector. De onderhavige zaken vertonen evenwel enkele bijzonderheden in vergelijking met de zaken die zijn uitgemond in de „golden shares”-rechtspraak. In de eerste plaats is geen sprake van een gedeeltelijke privatisering, maar van een privatiseringsverbod dat zijn beslag vindt in een strikte scheiding tussen de eigendom van de beheerders van het distributienet, dat volledig afgeschermd in publieke handen is, en de eigendom van de ondernemingen die elektriciteit of gas produceren, leveren of verhandelen, die aan private partijen kan worden overgedragen. In de tweede plaats berusten de in het geding zijnde verboden niet op een van het privaatrecht afwijkend mechanisme dat publieke partijen begunstigt. Tot slot vloeien de litigieuze Nederlandse rechtsbepalingen niet enkel voort uit een zelfstandig optreden op nationaal niveau, maar maken zij ook deel uit van een door de Europese Unie in gang gezet liberaliseringsbeleid dat is geconcretiseerd in de vaststelling van richtlijnen die een ontvlechting voorschrijven van de beheerders en de gebruikers van de netwerken voor de transmissie en de distributie van energie.

4. Wat dit betreft lijkt het mij nuttig om reeds nu erop te wijzen dat de twee richtlijnen van het tweede energiepakket van 2003, dat wil zeggen de richtlijnen 2003/54/EG<sup>3</sup> en 2003/55/EG<sup>4</sup>, en de richtlijnen van het derde energiepakket van 2009, dat wil zeggen de richtlijnen 2009/72/EG<sup>5</sup> en 2009/73/EG<sup>6</sup>, die geen voorwerp zijn van het onderhavige prejudiciële verzoek, niettemin van belang zijn. Zij definiëren immers de door de Uniewetgever gewilde graad van liberalisering tussen het jaar 2003 en het jaar 2009, ten aanzien waarvan de vennootschappen betogen dat de lidstaten deze niet kunnen overschrijden zonder inbreuk te plegen op de Unierechtelijke bepalingen inzake de fundamentele vrijheden. Voorts bevatten deze richtlijnen definities die van belang zijn voor afbakening van de onderhavige zaken.

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – *Unierecht*

#### 1. VWEU

5. Artikel 63, lid 1, VWEU verbiedt alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen.

6. In artikel 345 VWEU is bepaald dat de Verdragen de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laten.

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37, met rectificatie in PB 2004, L 16, blz. 74).

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57).

5 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB L 211, blz. 55).

6 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG (PB L 211, blz. 94).

## 2. Richtlijnen 2003/54 en 2003/55

7. Richtlijn 2003/54 betreffende elektriciteit en richtlijn 2003/55 betreffende gas maken deel uit van het tweede energiepakket dat de Uniewetgever heeft vastgesteld met het oog op de liberalisering van de energiesector. De bepalingen met betrekking tot elektriciteit zijn, in wezen, dezelfde als die voor gas. Om overbodige herhaling te voorkomen, geef ik hier enkel de bepalingen met betrekking tot elektriciteit weer.

8. De punten 6 tot en met 8 en 10 van de considerans van richtlijn 2003/54 luiden:

- „(6) Voor een goed werkende concurrentie is vereist dat de toegang tot het net niet discriminerend en transparant is en tegen redelijke prijzen kan geschieden.
- (7) Voor de voltooiing van de interne elektriciteitsmarkt is niet-discriminerende toegang tot het netwerk van de transmissie- of de distributienetbeheerder van het grootste belang. Een transmissie- of distributienetbeheerder kan een of meer bedrijven omvatten.
- (8) Met het oog op een efficiënte en niet-discriminerende toegang tot het netwerk moeten de distributie- en transmissiesystemen, in het geval van verticaal geïntegreerde elektriciteitsbedrijven, door juridisch gescheiden entiteiten worden beheerd. [...]

Het is noodzakelijk dat de onafhankelijkheid van de distributie- en transmissiesysteembeheerders wordt gewaarborgd, met name voor wat de productie- en leveringsbelangen betreft. Derhalve dienen onafhankelijke beheerstructuren tussen distributie- en transmissiesysteembeheerders en eventuele productie/leveringsbedrijven te worden gecreëerd.

Het is echter van belang een onderscheid te maken tussen die juridische scheiding en de scheiding van eigendomsrechten. Juridische scheiding impliceert geen verandering van de eigendom van de activa, en niets staat soortgelijke of identieke arbeidsvoorwaarden voor het gehele verticaal geïntegreerde gasbedrijf in de weg. Niettemin dient een niet-discriminerend besluitvormingsproces te worden gecreëerd via organisatorische maatregelen betreffende de onafhankelijkheid van de verantwoordelijken die met de besluitvorming zijn belast.

[...]

- (10) Bij deze richtlijn worden geen eigendomsvraagstukken geregeld, doch er wordt aan herinnerd dat, indien een bedrijf dat transmissie of distributie verricht qua rechtsvorm onderscheiden is van de bedrijven die productie en/of leveringsdiensten verrichten, de aangewezen netbeheerder het bedrijf kan zijn dat de infrastructuur bezit.”

9. Uit artikel 2, punten 3 en 5, van richtlijn 2003/54 blijkt dat voor de toepassing ervan onder „transmissie” wordt verstaan de transmissie van elektriciteit langs het extrahoogspannings- en hoogspanningskoppelnets met het oog op de levering ervan aan eindafnemers of distributiemaatschappijen, de levering zelf niet inbegrepen, terwijl onder „distributie” voor de toepassing ervan moet worden verstaan de transmissie van elektriciteit langs hoog-, midden- en laagspanningsdistributienetten met het oog op de levering aan afnemers, de levering zelf niet inbegrepen.

10. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2003/54 luidt, onder het kopje „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders”, als volgt:

„Wanneer de distributiesysteembeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf, moet hij, althans met betrekking tot zijn rechtsvorm, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk van andere, niet met distributie samenhangende activiteiten zijn. Deze regels houden geen verplichting in om de eigendom van de activa van het distributiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf.”

11. Artikel 15, lid 2, van deze richtlijn bevat bijkomende verplichtingen betreffende verticaal geïntegreerde bedrijven. In het bijzonder moeten de personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de beheerders van het distributienet waarborgen bieden ter zake van hun onafhankelijkheid van bedrijfsstructuren die verantwoordelijk zijn voor het dagelijkse beheer van de productie, transmissie en levering en moet de distributiesysteembeheerder beschikken over effectieve bevoegdheden om besluiten te nemen en een nalevingsprogramma vaststellen om discriminerend gedrag uit te sluiten.

### 3. Richtlijnen 2009/72 en 2009/73

12. In het besef van de onvolkomenheden van de ontvlechting die met de toepassing van de eerdere richtlijnen tot stand was gebracht en teneinde de vrijmaking van deze sector voort te zetten, heeft de Uniewetgever, in het kader van het derde energiepakket, de richtlijnen 2009/72 en 2009/73 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor respectievelijk elektriciteit en aardgas vastgesteld. De richtlijnen zijn *ratione temporis* niet relevant voor de hoofdingen, maar de deelnemers aan de procedure verwijzen hiernaar in hun opmerkingen.

13. Ingevolge punt 11 van de considerans van richtlijn 2009/72 „[kan] [u]itsluitend het wegwerken van stimulansen voor verticaal geïntegreerde bedrijven om hun concurrenten met betrekking tot nettoegang en -investeringen te discrimineren, [...] een effectieve ontvlechting waarborgen. Ontvlechting van de eigendom, hetgeen met zich brengt dat de neteigenaar wordt aangewezen als de systeembeheerder en onafhankelijk is van belangen bij de productie en levering, is duidelijk een effectieve en stabiele manier om het inherente belangenconflict op te lossen en de leverings- en voorzieningszekerheid te waarborgen. Om deze reden heeft het Europees Parlement in zijn resolutie van 10 juli 2007 inzake de vooruitzichten voor de interne gas- en elektriciteitsmarkt<sup>7</sup> ] gesteld dat het ontvlechting van de eigendom op het niveau van de transmissie ziet als het efficiëntste middel om investeringen in infrastructuur op niet-discriminerende wijze te bevorderen en te zorgen voor eerlijke toegang tot het net voor nieuwkomers en transparantie op de markt. In het kader van ontvlechting van de eigendom moet van de lidstaten worden geëist dat zij ervoor waken dat dezelfde persoon of personen zeggenschap kan dan wel kunnen uitoefenen over een productie- of leveringsbedrijf en tegelijk zeggenschap of rechten kan dan wel kunnen uitoefenen over een transmissiesysteembeheerder of een transmissiesysteem. Omgekeerd moet zeggenschap over een transmissiesysteem of een transmissiesysteembeheerder de mogelijkheid uitsluiten zeggenschap of rechten uit te oefenen over een productie- of leveringsbedrijf. Binnen deze grenzen mogen productie- of leveringsbedrijven minderheidsbelangen hebben in transmissiesysteembeheerders of transmissiesystemen.”

7 — PB 2008, C 175 E, blz. 206.

## B – *Nederlands recht*

14. De voor de hoofdgedingen van belang zijnde bepalingen van nationaal recht zijn te vinden in de Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit van 2 juli 1998<sup>8</sup> en de Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas van 22 juni 2000<sup>9</sup>, zoals gewijzigd in met name 2004 en 2006 (hierna respectievelijk: „Elektriciteitswet 1998” en „Gaswet”).

15. Deze wetten zijn eerst gewijzigd bij de Interventie- en Implementatiewet van 1 juli 2004.<sup>10</sup> Het doel van deze wijziging was met name om de richtlijnen van het tweede energiepakket om te zetten in nationaal recht.

16. Vervolgens zijn voornoemde wetten gewijzigd bij de Wet onafhankelijk netbeheer van 23 november 2006 (hierna: „Won”).<sup>11</sup> Bij de Won zijn met betrekking tot de netbeheerder verdergaande verplichtingen ingevoerd, waaronder het privatiseringsverbod, het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten, alle reeds vermeld. Het zijn met name de bij de Won ingevoerde wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, waarover tussen de deelnemers aan de procedure in het geding voor de nationale rechter onenigheid bestaat.

17. Op de grondslag van deze handelingen zijn de navolgende, in de hoofdgedingen relevante, verboden van kracht in Nederland.

### 1. Privatiseringsverbod

18. Het Besluit aandelen netbeheerders van 9 februari 2008<sup>12</sup> juncto artikel 93 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 85 van de Gaswet, bevat de op de netbeheerders toepasselijke regeling van het eigendomsrecht.

19. De aandelen in de als netbeheerder aangewezen vennootschappen en de zeggenschap over de netwerken dienen volledig te berusten bij aandeelhouders die behoren tot „de kring van de overheid”. Ingevolge het Besluit aandelen netbeheerders kunnen enkel openbare lichamen zoals gemeenten, provincies of de Staat dan wel rechtspersonen die direct of indirect in volledige overheidseigendom zijn, inclusief Essent NV<sup>13</sup>, Eneco Holding NV en Delta NV, eigenaar zijn of worden van de aandelen in een netbeheerder.

20. Bijgevolg moet volgens het Besluit aandelen netbeheerders de goedkeuring voor elke wijziging ter zake van de eigendom van een netwerk of de aandelen in een netbeheerder worden geweigerd door de minister van Economische Zaken, wanneer de eigendomsoverdracht tot gevolg kan hebben dat de aandelen in een netbeheerder in handen kunnen komen van derden buiten de kring van de overheid.

### 2. Groepsverbod

21. Het groepsverbod volgt uit artikel 10b, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, lid 1, van de Gaswet.

8 — Stb. 1998, 427.

9 — Stb. 2000, 305.

10 — Stb. 2004, 328.

11 — Stb. 2006, 614.

12 — Stb. 2008, 62.

13 — Zie punt 27 van deze conclusie.

22. Op grond hiervan mogen netbeheerders geen deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Nederlands Burgerlijk Wetboek waartoe ook een energievennootschap behoort, dat wil zeggen een rechtspersoon die in Nederland elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt. In het verlengde hiervan verbiedt het groepsverbod ook dat een netbeheerder aandelen houdt in een energievennootschap of deelneemt in een groep waartoe een energievennootschap behoort. Omgekeerd mag een energievennootschap geen aandelen houden in of deelnemen aan een netbeheerder of een entiteit die deel uitmaakt van een groep waartoe een netbeheerder behoort.

23. Als gevolg van het groepsverbod moeten verticaal geïntegreerde energiebedrijven worden gesplitst in een deel voor het netwerkbeheer en een deel voor productie en levering van en handel in energie, anders gezegd in een of meerdere netbeheerders en energievennootschappen. Een netbeheerder en de met hem verbonden groepsmaatschappijen mogen namelijk niet behoren tot een groep waarvan ook energiebedrijven deel uitmaken. De verplichting te splitsen wordt door de verwijzende rechter aangeduid als het „splitsingsgebod”.

### 3. Verbod op nevenactiviteiten

24. Het verbod op nevenactiviteiten is opgenomen in artikel 17, leden 2 tot en met 4, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, leden 2 tot en met 4, van de Gaswet.<sup>14</sup> Dit verbod bestaat uit drie componenten.

25. In de eerste plaats is het de netbeheerder en de met hem verbonden groepsmaatschappijen niet toegestaan handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van een netwerk. In de tweede plaats is het een groepsmaatschappij op grond van dit verbod niet toegestaan activiteiten te ontplooien die niet in nauw verband staan met de infrastructurele kerntaken van het netwerkbedrijf. Tot slot verbiedt het verbod op nevenactiviteiten ook dat de netbeheerder ten behoeve van de activiteiten van het netwerkbedrijf financiële zekerheden verstrekt of zich aansprakelijk stelt voor de schulden van andere onderdelen van het netwerkbedrijf.

## III – Hoofdingen, prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

### A – Feiten

26. Uit de opmerkingen van de Nederlandse regering blijkt dat bij de inwerkingtreding van de Won in 2006 drie typen bedrijven actief waren op de Nederlandse energiemarkt. Het eerste type betrof netwerkbedrijven die enkel actief waren in de productie, levering of verhandeling van elektriciteit of gas. Het tweede type betrof verticaal geïntegreerde netwerkbedrijven die actief waren in zowel de productie, levering of verhandeling van elektriciteit of gas, als het beheer en de exploitatie van elektriciteits- en gasnetwerken voor de distributie van elektriciteit en gas. Het derde type betrof bedrijven die hoofdzakelijk actief waren op het vlak van het beheer en de exploitatie van de elektriciteits- en gasnetwerken en geen activiteiten ontplooiden op het gebied van de productie, levering of verhandeling van elektriciteit of gas. De verzoekende vennootschappen in de hoofdingen waren de belangrijkste verticaal geïntegreerde energiebedrijven op de Nederlandse markt. Zij behoorden dus tot het tweede type bedrijven.

<sup>14</sup> — In deze conclusie is het begrip „verbod op nevenactiviteiten” in de plaats gekomen van het in de Franstalige versie van de verwijzingsbeslissing gehanteerde begrip „verbod van ondersteunende activiteiten”, zulks ter voorkoming van elke mogelijke verwarring met het begrip „ondersteunende diensten” in de zin van artikel 2, punt 17, van richtlijn 2003/54, en artikel 2, punt 14, van richtlijn 2003/55, waarbij ik erop wijs dat de definitie van dit begrip in elk van de bedoelde richtlijnen anders is.



27. Essent is actief op de energiemarkt in Nederland, België en andere staten. Voor Essent heeft het groepsverbod betekend dat Essent NV zich heeft opgesplitst in twee bedrijven, namelijk het netwerkbedrijf Enexis Holding NV, dat conform het privatiseringsverbod voor 100 % in handen is van publieke aandeelhouders, en het handels-, leverings- en productiebedrijf Essent NV. De verplichting tot splitsing heeft voor Essent aanzienlijke kosten met zich meegebracht. De nationale rechter heeft dan ook in het kader van het hoofdgeding verklaard dat Essent een belang bij de gevorderde verklaring voor recht had. Sinds haar verkoop aan de in energie gespecialiseerde Duitse groep RWE is Essent NV voor 100 % eigendom van RWE Benelux Holding BV, een dochteronderneming van RWE AG.

28. Eneco Holding NV is een onderneming die, via haar dochterondernemingen, actief is op het gebied van de productie, de koop en verkoop, de transmissie en de levering van elektriciteit en gas aan met name afnemers van energie. Het aandelenkapitaal van Eneco Holding NV is in handen van 60 gemeenten. Haar leveringsactiviteit bestrijkt het gehele land, terwijl haar netwerkbedrijf een gebied dekt dat zes Nederlandse provincies omvat.

29. Ook Delta NV is actief op de markten voor de productie, de transmissie, de verhandeling en de levering van elektriciteit. Tevens distribueert en levert Delta NV gas. Voorts is Delta NV nog op andere markten actief. Energienetwerken spelen een belangrijke rol in haar bedrijfsstrategie van het aanbieden van een breed palet aan diensten en/of producten („multi-utility”), die ook een meerderheidsbelang omvat in een Belgische onderneming die gespecialiseerd is in afvalverwerking. De door deze netwerken vertegenwoordigde waarde versterkt de kapitaalbasis van Delta NV. Hoofdaandeelhouder is de provincie Zeeland. De overige aandelen zijn in handen van Nederlandse gemeenten.

30. De vennootschappen moesten wegens het elektriciteits- en gasnetwerk, direct of indirect, volledig worden gehouden door (publieke) aandeelhouders binnen de kring van de overheid. Het was deze bedrijven en hun aandeelhouders verboden om hetzij het netwerk, hetzij de netbeheerder geheel of gedeeltelijk aan private investeerders te verkopen. Zoals gezegd is Essent NV sindsdien gesplitst in een netbeheerder en een energievennootschap. De twee andere vennootschappen zijn verticaal geïntegreerde energiebedrijven gebleven.

#### *B – Procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties*

31. In drie afzonderlijke zaken hebben de vennootschappen bij de Rechtbank Den Haag ieder een vordering ingesteld tot verkrijging van een verklaring voor recht dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten in strijd zijn met de in de artikelen 49 VWEU en 63 VWEU verankerde fundamentele vrijheden en bijgevolg onverbindend zijn. De Rechtbank Den Haag heeft deze vorderingen afgewezen.

32. Tegen deze uitspraken hebben de vennootschappen hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Den Haag. Het Gerechtshof heeft de vonnissen van de Rechtbank Den Haag vernietigd op grond dat de bestreden bepalingen in strijd zijn met artikel 63 VWEU en bijgevolg onverbindend.

33. De Staat der Nederlanden heeft vervolgens beroep tot cassatie ingesteld tegen de arresten van het Gerechtshof Den Haag. In cassatie betoogt de Staat dat het Unierecht zich niet verzet tegen de bestreden bepalingen.

34. In het kader van deze cassatieprocedure heeft de Hoge Raad der Nederlanden bij drie beslissingen van 24 februari 2012 de behandeling van de drie zaken geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Moet artikel 345 VWEU aldus worden uitgelegd dat onder een ‚regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten’ ook de regeling valt van het in deze zaken aan de orde zijnde absoluut privatiseringsverbod zoals opgenomen in het Besluit aandelen netbeheerders juncto 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?
- 2) Indien de eerste vraag 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 toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten<sup>15</sup> aan de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen?
- 3) Zijn de mede aan de Wou ten grondslag gelegde doelstellingen om door middel van het tegengaan van kruissubsidiëring in ruime zin (daaronder begrepen de strategische informatie-uitwisseling) transparantie op de energiemarkt te bewerken 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?”

#### *C – Procesverloop voor het Hof*

35. Bij beschikking van 26 maart 2012 heeft de president van het Hof de zaken C-105/12, C-106/12 en C-107/12 gevoegd.

36. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de betrokken vennootschappen, de Nederlandse regering, de Tsjechische regering, de Poolse regering, alsook door de Europese Commissie. Met uitzondering van de Tsjechische Republiek en de Republiek Polen waren deze partijen ook vertegenwoordigd ter terechtzitting van 14 januari 2013.

#### **IV – Analyse**

##### *A – Eerste prejudiciële vraag: privatiseringsverbod in het licht van artikel 345 VWEU*

37. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 345 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat onder een „regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten” ook de regeling valt van het in de hoofdgedingen aan de orde zijnde absoluut privatiseringsverbod, inhoudende dat de aandelen in een netbeheerder uitsluitend binnen de kring van de overheid kunnen worden overgedragen.

15 — Bij de voor de analyse van de tweede en de derde prejudiciële vraag in deze conclusie gebruikte terminologie wordt de in voetnoot 14 toegelichte conventie aangehouden („nevenactiviteiten”).



38. Ik wijs er reeds nu op dat het in de Nederlandse wetgeving opgenomen privatiseringsverbod voor de netwerken betekent dat deze enkel in handen mogen zijn, direct of indirect, van de „overheid”, als bedoeld in het bovengenoemde Besluit aandelen netbeheerders.<sup>16</sup>

39. De goederen die verbonden zijn met de exploitatie van het netwerk, alsook de aandelen of de deelnemingen, direct of indirect, in de netten zijn evenwel geen res extra commercium, aangezien het gaat om gewone eigendomsrechten die kunnen worden verkocht, gekocht en gebruikt, met name als zekerheid voor een lening. Niettemin kunnen aandelen slechts binnen een bijzondere categorie van eigenaren worden overgedragen, namelijk de kring van de overheid.

40. De Hoge Raad der Nederlanden is van oordeel dat het hierbij – gelet op de ratione temporis toepasselijke nationale wetgeving – gaat om een absoluut privatiseringsverbod. Ik deel deze zienswijze. Anders dan de vennootschappen betogen, wordt hieraan niet afgedaan door het feit dat de inhoud van deze beperking enkel wordt geconcretiseerd in lagere wetgeving in materiële zin.

41. Zoals advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in herinnering heeft gebracht, is artikel 345 VWEU – aanvankelijk artikel 83 EGKS – de enige bepaling van de Verdragen die haar gezag rechtstreeks ontleent aan de verklaring van Schuman van 9 mei 1950.<sup>17</sup> Haar oorspronkelijke doel was te waarborgen dat de oprichting van de nieuwe gemeenschap geen gevolgen zou hebben voor een destijds gevoelige politieke kwestie van de juridische en sociale aard van de eigendom van de Duitse mijnen en ondernemingen die in de „gedekartelliseerde” staalsector actief waren.<sup>18</sup> Aldus is in artikel 345 VWEU het beginsel van neutraliteit op het gebied van de eigendom, publiek of privaat, van de „productiemiddelen” en de ondernemingen opgenomen.<sup>19</sup>

42. Mijns inziens betekent dit – aangezien dit stelsel noch discriminatoir, noch onevenredig is – dat een inherent gevolg van een dergelijke regeling van het eigendomsrecht niet kan worden aangemerkt als een beperking die binnen de werkingssfeer van de in het Verdrag opgenomen verboden valt. De beperkende gevolgen ervan, anders dan die welke rechtstreeks en onvermijdelijk voortvloeien uit de regeling van de publieke of private eigendom, zijn daarentegen wel onderworpen aan de in het Verdrag opgenomen fundamentele vrijheden.<sup>20</sup>

43. Zo volgt uit bijvoorbeeld het feit dat de ijzer- en staalindustrie in een lidstaat is genationaliseerd, dat het recht van vrije vestiging, of zelfs de directe investeringen van investeerders uit andere lidstaten hierin, zijn uitgesloten. Zoals de Commissie heeft uiteengezet, heeft het Hof vanaf het arrest Costa<sup>21</sup> nationalisaties verenigbaar verklaard met het Unierecht.

16 — Ik verduidelijk dat onder de overheid ook de rechtspersonen vallen die voor 100% een dochteronderneming zijn van een energievennootschap als bedoeld in het Besluit aandelen netbeheerders, inclusief Essent NV (vóór haar splitsing), Eneco Holding NV en Delta NV. Deze dochterondernemingen kunnen buitenlandse rechtspersonen zijn.

17 — Zie punt 45 van de gevoegde conclusies van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731), Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781) en Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809).

18 — Delta NV verwijst in haar opmerkingen naar de beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling door professor Reuter, P., in zijn boek *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Parijs, 1953.

19 — Volgens advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer verwijst artikel 345 VWEU niet naar de civielrechtelijke regels inzake vermogensrechtelijke betrekkingen [zie punt 54 van zijn gevoegde conclusies in de reeds aangehaalde zaken Commissie/Portugal (C-367/98), Commissie/Frankrijk (C-483/99) en Commissie/België (C-503/99)].

20 — Het Hof heeft recentelijk in zijn arrest van 8 november 2012, Commissie/Griekenland (C-244/11, punten 15 en 16), verklaard dat „artikel [295 EG] niet tot gevolg heeft dat de regelingen van het eigendomsrecht die in de lidstaten bestaan, buiten de werkingssfeer van de fundamentele Verdragsregels vallen [...]. Het Hof heeft meer in het bijzonder geoordeeld dat op een regeling inzake grondeigendom, hoewel artikel 295 EG de lidstaten niet de mogelijkheid ontnemt om een dergelijke regeling in te voeren, de fundamentele regels van het Unierecht van toepassing zijn, in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer (arrest van 23 september 2003, Ospelt en Schlössle Weissenberg, C-452/01, Jurispr. blz. I-9743, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

21 — Arrest van 15 juli 1964 (6/64, Jurispr. blz. 1141).

44. Voorts moet, mijns inziens, worden verwezen naar het arrest van het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA)<sup>22</sup> in de zaak tussen de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) en het Koninkrijk Noorwegen over de concessies voor het verwerven van watervallen voor energieopwekking. Het EVA-Hof heeft artikel 125 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte<sup>23</sup> van 2 mei 1992, overeenkomend met artikel 345 VWEU, aldus uitgelegd dat het recht van een staat van de Europese Economische Ruimte (EER) om te besluiten de eigendom van hydro-elektrische energiebronnen en de hiermee verbonden installaties bij publieke dan wel private partijen onder te brengen, op zichzelf niet wordt geraakt door de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Hieruit leidde het EVA-Hof af dat het Koninkrijk Noorwegen gewettigd zijn doelstelling kon vervolgen om een regeling in het leven te roepen van de publieke eigendom van deze goederen, mits het dit op evenredige en niet-discriminerende wijze zou doen.

45. Volgens deze gedachtegang kan het feit dat geen enkele private investeerder aandelen of deelnemingen kan verwerven in een aan publieke aandeelhouders voorbehouden vennootschap niet worden beschouwd als een door het Verdrag verboden beperking, aangezien het nu juist gaat om een component van een regeling van het eigendomsrecht die het Verdrag onverlet wil laten.

46. Zoals daarentegen uit de rechtspraak met betrekking tot de zogenoemde „golden shares” blijkt, ontsnapt de voorkeursbehandeling van publieke deelnemingen binnen een in beginsel privaatrechtelijke regeling van het eigendomsrecht, zoals dat van de in het vennootschapsrecht geregelde vennootschap waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, niet aan de werkingsfeer van de bepalingen van het Verdrag inzake de fundamentele vrijheden.<sup>24</sup>

47. Het litigieuze Nederlandse stelsel berust op een fundamentele keuze, krachtens welke de eigendom van het energiedistributienetwerk is voorbehouden aan een kring van publieke aandeelhouders (res publica), maar niet aan één enkele eigenaar. Ingevolge hiervan zijn de eigendomsrechten met betrekking tot het netwerk in handen van verschillende rechtssubjecten die alle behoren tot de kring van de overheid in de zin van het Besluit aandelen netbeheerders. Hieruit volgt onvermijdelijk de noodzaak om indirecte private aandelen of deelnemingen te verbieden.

48. Derhalve zijn beperkingen met betrekking tot de overdracht van aandelen in de vennootschap noodzakelijk, zodat de deelnemingen in het vermogen kunnen worden gekocht en verkocht tussen de verschillende hiertoe gerechtigde rechtssubjecten, zonder dat hiermee dit vermogen zijn publieke karakter verliest. Het privatiseringsverbod is dus een onvermijdelijk gevolg van de keuze voor de publieke eigendom en de gedachte om de eigendom in handen van de overheid te laten. Gelet op het voorgaande kom ik daarom tot de slotsom dat het in de hoofdgedingen wel degelijk gaat om een regeling van het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 345 VWEU.

49. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging om de eerste prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat een regeling van een lidstaat als die aan de orde in de hoofdgedingen, inhoudende dat de aandelen in een distributienetbeheerder uitsluitend kunnen worden overgedragen aan overheidslichamen en bepaalde vennootschappen die voor 100 % in handen zijn van de overheid (privatiseringsverbod), een regeling van het eigendomsrecht vormt als bedoeld in artikel 345 VWEU en uit dien hoofde verenigbaar is met het Unierecht.

22 — Arrest van het EVA-Hof van 26 juni 2007, EVA/Noorwegen (de Noorse watervallen-zaak) (E-2/06, Report of EFTA Court, blz. 163, punt 72).

23 — PB 1994, L 1, blz. 3.

24 — Zie met name de in voetnoot 17 aangehaalde arresten Commissie/Portugal (C-367/98), Commissie/Frankrijk (C-483/99) en Commissie/België (C-503/99).

*B – Tweede prejudiciële vraag: toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten aan het vrij verkeer van kapitaal*

50. De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op het vrij verkeer van kapitaal. De Hoge Raad der Nederlanden wenst te vernemen, of een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag tot gevolg heeft 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 toetsing van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten<sup>25</sup> aan de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen.

51. Om te beginnen moet, overeenkomstig het hierboven voorgestelde onderscheid<sup>26</sup>, worden nagegaan of deze twee verboden inherente gevolgen zijn van de in het kader van de eerste prejudiciële vraag besproken fundamentele keuze van de Staat der Nederlanden om de eigendom van de netbeheerders voor te behouden aan de overheid, en dus geen beperkingen kunnen opleveren. Volgens mij moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

52. Het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten zijn geen directe en onvermijdelijke gevolgen van het privatiseringsverbod, dat op zichzelf onder de regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 345 VWEU valt, maar veeleer wettelijke maatregelen die moeten voorkomen dat met het beheer van de distributienetwerken belangen worden bevorderd die losstaan van die waar bij deze netwerken nood aan is, namelijk de belangen bij de levering en productie van energie. In feite gaat het erom te voorkomen dat, los van de publieke of private aard van deze of gene structuur, het uitgangspunt van splitsing van de eigendom van de netwerken en die van de leverings- en productiebedrijven die deze netwerken in gebruik hebben, wordt omzeild. Bovendien wordt met het verbod op nevenactiviteiten het beheer van de netwerken beschermd tegen risico's die verbonden zijn aan activiteiten die losstaan van dit beheer, en, omgekeerd, voorkomen dat het beheer van de netwerken wordt aangewend voor de bekostiging van wezensvreemde activiteiten.

53. Met andere woorden: het gaat hierbij niet om maatregelen die beogen, door middel van toezicht op de ketens van intermediaire eigenaren, de eigendom van de netwerken voor te behouden aan de overheid, maar veeleer om maatregelen die tot doel hebben het stelsel van splitsing van de eigendomsstructuren „zuiver” te houden, zodat de belangen van de netwerken en die van de verkoop van energie niet verstrengeld raken. Mijns inziens zou een soortgelijke regeling net zo goed noodzakelijk zijn wanneer de splitsing van de eigendom zonder het privatiseringsverbod zou hebben plaatsgevonden. Zelfs wanneer de nationale wetgeving zou hebben toegestaan dat een netbeheerder in handen van private partijen kan komen, zou het net zo onvermijdelijk zijn om soortgelijke verboden in te voeren ter waarborging van de naleving van de eigendomssplitsing<sup>27</sup>, teneinde belangenconflicten te voorkomen.

54. Nu het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten blijken te kunnen worden gescheiden van het privatiseringsverbod, moet worden nagegaan of zij een beperking van het vrij verkeer van kapitaal vormen.

25 — Zie punten 21-25 van deze conclusie.

26 — In punt 42 van deze conclusie.

27 — Volgens de Commissie had de Nederlandse regering ten tijde van de vaststelling van de twee verboden de mogelijkheid van een privatisering van de netbeheerders nog niet uitgesloten. Ik herinner eraan dat de regelingen die de vorming van groepen en/of de uitoefening van nevenactiviteiten beperken tamelijk gebruikelijk zijn in de wettelijke voorschriften die van toepassing zijn op sectoren die onderworpen zijn aan een versterkt staatstoezicht, zoals de regelingen die gelden in de financiële of de gezondheidssector.

55. Aangezien het Verdrag geen definitie van het begrip „kapitaalverkeer” bevat, heeft het Hof indicatieve waarde toegekend aan de nomenclatuur van het kapitaalverkeer in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG<sup>28</sup>, onder andere in het arrest Commissie/Portugal.<sup>29</sup> Volgens deze nomenclatuur bestaat kapitaalverkeer met name in de zogenoemde „directe” investeringen, te weten investeringen in de vorm van een deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap dat de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap, en de zogenoemde „portefeuillebeleggingen”, te weten investeringen in de vorm van de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met het uitsluitende doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen.<sup>30</sup> Deze nomenclatuur omvat ook borgstellingen, andere garanties en pandrechten.

56. Volgens het Hof moeten als „beperkingen” in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU worden aangemerkt nationale maatregelen die het verkrijgen van aandelen in de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden in die ondernemingen te investeren.<sup>31</sup>

57. Volgens mij vallen het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten duidelijk onder het kapitaalverkeer in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU en vormen zij beperkingen hiervan. Gelet op het feit dat het hierbij gaat om absolute beperkingen die, hypothetisch gesproken, in de weg staan aan alle transacties die binnen de werkingssfeer ervan vallen, hoeft dan ook niet voor elk verbod afzonderlijk te worden nagegaan of dit het vrij verkeer van kapitaal beperkt.

58. Door elke financiële of operationele diversificatiestrategie van de betrokken entiteiten, gebaseerd op de complementariteit van de twee sectoren, tegen te houden, verhinderen de betrokken verboden zowel directe investeringen als portefeuillebeleggingen. Zij beperken immers de investeringen door buitenlandse vennootschappen in marktdeelnemers die actief zijn in de energiesector in Nederland, alsmede investeringen door laatstgenoemden in buitenlandse marktdeelnemers die deelnemingen hebben in andere energiegroepen in Nederland. Het verbod op nevenactiviteiten kan ook gevolgen hebben voor de financieringsvoorwaarden voor de betrokken vennootschappen. Bijgevolg vormen het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten beperkingen van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU, welke – behoudens rechtvaardiging – verboden zijn.

59. Het lijkt mij nuttig erop te wijzen dat beide verboden ook vanuit het oogpunt van de vrijheid van vestiging kunnen worden geanalyseerd. Het groepsverbod staat namelijk in de weg aan zowel minderheids- als meerderheidsdeelnemingen in de netbeheerders en de energievennootschappen alsmede in entiteiten die behoren tot groepen waarvan dergelijke vennootschappen deel uitmaken. Het verbod op nevenactiviteiten beperkt op zijn beurt het gebied waarop netbeheerders en de met hen in een groep verbonden vennootschappen actief kunnen zijn, hetgeen vanuit het gezichtspunt van de betrokken onderneming in aanleg een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. In dit verband volstaat het op te merken dat volgens vaste rechtspraak, voor zover de in geding zijnde nationale maatregelen beperkingen van de vrijheid van vestiging meebrengen, deze beperkingen het rechtstreekse gevolg zijn van de hiervóór onderzochte belemmeringen van het vrij verkeer van kapitaal, waarmee zij onlosmakelijk zijn verbonden. Bijgevolg bestaat er geen noodzaak om de betrokken maatregel te onderzoeken in het licht van de vrijheid van vestiging.<sup>32</sup>

28 — Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel [67 EG] (PB L 178, blz. 5).

29 — Arrest van 8 juli 2010 (C-171/08, Jurispr. blz. I-6817, punt 49). Zie ook arrest van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Jurispr. blz. I-11753, punt 179).

30 — Zie met name arrest van 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Jurispr. blz. I-9021, punt 19), en arrest Commissie/Portugal (aangehaald in voetnoot 29, punten 49 en 50).

31 — Arrest Commissie/Portugal (aangehaald in voetnoot 29, punt 50).

32 — Arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland (C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 43), en arrest Commissie/Portugal (aangehaald in voetnoot 29, punt 80).

60. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging om de tweede prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat, hoewel het in de hoofdgedingen ter discussie staande verbod van de privatisering van de distributienetbeheerders een met het Unierecht verenigbare regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 345 VWEU vormt, andere nationale regelingen, zoals het verbod van groepen bestaande uit zowel beheerders van het energiedistributienet als rechtspersonen die in Nederland elektriciteit of gas verhandelen, leveren of produceren, en het verbod op nevenactiviteiten, dat geldt voor de beheerders van het distributienet, binnen de werkingssfeer van het vrij verkeer van kapitaal vallen, in het licht waarvan hun verenigbaarheid moet worden onderzocht.

*C – Derde prejudiciële vraag: of sprake is van „dwingende vereisten van algemeen belang” die een beperking van het vrij verkeer van kapitaal rechtvaardigen*

61. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de aan de Won ten grondslag gelegde doelstellingen om door middel van het tegengaan van kruissubsidiëring in ruime zin (daaronder begrepen de strategische informatie-uitwisseling) transparantie op de energiemarkt te bewerken en concurrentievervalsing te voorkomen, zuiver economische belangen zijn, dan wel of ze mede als belangen van niet-economische aard kunnen worden aangemerkt, in die zin dat ze onder omstandigheden als dwingende vereisten van algemeen belang een rechtvaardiging kunnen vormen voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal.

1. Kenmerken van de netwerken voor de distributie van elektriciteit en gas

62. Alvorens mij te buigen over een mogelijke rechtvaardigingsgrond en de evenredigheid ervan, lijkt het mij noodzakelijk om te herinneren aan de kenmerken, in termen van mededinging en strategie, van de netwerken voor de distributie van elektriciteit en gas.

63. Deze netwerken verbinden op regionaal, en zelfs lokaal, niveau het nationale transmissienetwerk met de consument. Zij vormen zogeheten natuurlijke monopolies, aangezien zij, gelet op de zeer grote schaalvoordelen die aan dergelijke netwerken verbonden zijn, redelijkerwijs niet dubbel kunnen worden aangelegd. Vanuit het oogpunt van de mededinging oefent de eigenaar van een distributienetwerk derhalve controle uit over een essentiële infrastructuur („essential facility”) tussen de levering en het verbruik, waardoor hij aan zowel de aanbod- als de vraagzijde marktmacht heeft.

64. De netwerken voor de distributie van elektriciteit en gas zijn om twee redenen belangrijk voor de consument. In de eerste plaats is het noodzakelijk dat de eigenaar van het netwerk zijn monopoliepositie niet gebruikt om een onevenredige vergoeding te vragen voor zijn dienst, dat wil zeggen de levering van energie via het distributienetwerk. Daarom kunnen de nationale autoriteiten controle uitoefenen over het transmissietarief voor de energiedistributie, hetgeen in Nederland ook het geval lijkt te zijn.<sup>33</sup> In de tweede plaats is het noodzakelijk dat de kwaliteit van het beheer van het netwerk voldoende is, met name wanneer het gaat om het herstel van gebreken die van invloed zijn op de afname van energie en de betrouwbaarheid van de facturering voor het verbruik.

65. Vanuit het oogpunt van de zekerheid van de energievoorziening, zijn de distributienetwerken van wezenlijk belang, aangezien het nutteloos is om te beschikken over een energievoorziening die voldoende op peil is, wanneer deze energie niet aan de afnemers kan worden gedistribueerd. Dat is de reden waarom de netbeheerders vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid zo belangrijk zijn: wie de distributie van elektriciteit controleert, controleert immers tevens de moderne samenleving in al haar functies. Hetzelfde geldt voor gas in de lidstaten waar dit een belangrijke energiebron is.

33 — Volgens de inlichtingen van de Nederlandse regering ter terechtzitting.



66. Gezien de specifieke kenmerken van de sectoren die de niet te „dupliceren” netwerken voor de levering van diensten of energie exploiteren, is het des te duidelijker dat voor een aangepaste mededingingsstructuur moet worden gezorgd. Vanuit dit perspectief is het noodzakelijk een niet-discriminerende toegang van derden tot deze netwerken zeker te stellen, teneinde het liberaliseringsproces te voltooien, dat wil zeggen de verwezenlijking van een concurrerende markt waarop de waarborg bestaat dat diensten vrij kunnen worden verricht bij de exploitatie van de netwerken, zoals met name de netwerken voor de distributie van elektriciteit en gas, of het spoorvervoer. Zowel de wetgever van de Unie als die van verschillende lidstaten heeft hiertoe een ontvlechtsstrategie vastgesteld, dat wil zeggen een splitsing tussen het beheer van het netwerk en de exploitatie ervan voor de levering van diensten. De beoogde of gerealiseerde mate van ontvlechting verschilt naargelang de betrokken sectoren en lidstaten, variërend van boekhoudkundige of functionele tot juridische ontvlechting, en zelfs ontvlechting van de eigendomsstructuren.

2. De weerslag van het afgeleide Unierecht op de beoordeling van een nationale wettelijke regeling in het licht van de verkeersvrijheden

67. De hoofdgedingen werpen de vraag op welke weerslag de handelingen van het afgeleide Unierecht hebben op de beoordeling van de rechtvaardiging van een nationale omzettingsmaatregel die een van de verkeersvrijheden beperkt en die verder gaat dan de voorschriften van de richtlijn die hiermee in nationaal recht wordt omgezet.

68. Gelet op de bestaande rechtspraak van het Hof lijkt het mij namelijk belangrijk om na te gaan of de toetsing van de omzettingsmaatregel, waar het in de hoofdgedingen om gaat, inhoudt dat moet worden onderzocht of de omgezette richtlijn strookt met het primaire Unierecht.

69. In de hoofdgedingen vloeit het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten voort uit de Won, die met name is vastgesteld ter omzetting van de richtlijnen 2003/54 en 2003/55 van het tweede energiepakket, welke richtlijnen niet de splitsing voorschrijven van de eigendom van de aandelen van de beheerder van het transmissie- of distributienet en die van andere marktdeelnemers en hiervan ook geen uitdrukkelijke omzettingsmodaliteit maken.<sup>34</sup> Net als andere nationale wetgevers die hebben gekozen voor ontvlechting van de eigendomsstructuren van de beheerders van de transmissienetwerken en die van de ondernemingen voor de productie en levering van energie<sup>35</sup>, lijkt mij de Nederlandse wetgever met de vaststelling van de Won in 2006 uit eigen beweging verder te zijn gegaan dan de vereisten van het geldende afgeleide Unierecht, door ervoor te kiezen de eigendom van de beheerders van het distributienetwerk en die van de ondernemingen voor de productie en de levering van energie te splitsen. Ik benadruk dat het bij de betrokken richtlijnen gaat om minimumharmonisatiebepalingen.

70. In het geheel van de *ratione temporis* op de hoofdgedingen van toepassing zijnde rechtsbepalingen blijkt de Won, hoewel vastgesteld met het oog op de omzetting van de richtlijnen van 2003, dus een van deze richtlijnen scheidbare nationale maatregel te zijn. Bijgevolg kan de Won als een op zichzelf staande maatregel tegen het licht van de verkeersvrijheden worden gehouden.

34 — Zie punt 8 van de considerans en artikel 15 van richtlijn 2003/54 (aangehaald in voetnoot 3).

35 — Vóór de vaststelling van het derde energiepakket hadden dertien lidstaten gekozen voor de splitsing van de eigendom van de beheerders van elektriciteitstransmissienetwerk en zes lidstaten voor het gastransmissienetwerk, aldus Hunt, M., „Ownership Unbundling: The main Legal Issues in a Controversial Debate”, *EU Energy Law and Policy Issues*, uitg. Delvaux, B., e.a., Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.



71. Hoewel in de hoofdgedingen *ratione temporis* niet van toepassing, mogen mijns inziens de naderhand vastgestelde richtlijnen 2009/72 en 2009/73 niet buiten beschouwing worden gelaten. Deze richtlijnen hebben de ontvlechting van de eigendom wel tot een van de uitdrukkelijke omzettingsmodaliteiten gemaakt. Ik breng namelijk in herinnering dat punt 11 van de considerans van richtlijn 2009/72 een dergelijke ontvlechting van de eigendom aanmerkt als een effectieve en stabiele manier om het inherente belangenconflict op te lossen en dat punt 21 van de considerans ervan de mogelijkheid van volledige ontvlechting van de eigendom noemt.<sup>36</sup>

72. Een letterlijke en beperkte uitlegging van deze punten van de considerans zou weliswaar de gedachte kunnen doen postvatten dat zij enkel betrekking hebben op de beheerders van de energietransmissienetwerken. Met de Nederlandse regering en de Commissie ben ik evenwel van mening dat deze overwegingen ook van belang zijn met betrekking tot de distributienetwerken, gelet op de door mij reeds geschetste kenmerken ervan en de noodzaak van de opheffing van belangenconflicten tussen de beheerders en de gebruikers van de netwerken, die volgens mij net zo urgent is wat de distributie als wat de transmissie betreft, ook al zijn enkel laatstgenoemde netwerken doorslaggevend vanuit het oogpunt van de grensoverschrijdende vrije dienstverrichting.

73. Bijgevolg zouden – bij de huidige stand van het recht – mijns inziens het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet meer in twijfel kunnen worden getrokken, op zijn minst wat hun uitgangspunt betreft, zonder dat dit direct een toetsing inhoudt van de verenigbaarheid van de richtlijnen van 2009 met het vrij verkeer van kapitaal. Ik wijs er evenwel op dat de in punt 11 van de considerans van de richtlijnen bedoelde ontvlechting van de eigendom minder ver gaat dan die welke voortvloeit uit het in het Nederlandse recht opgenomen groepsverbod, aangezien uit voornoemd punt van de richtlijnen uitdrukkelijk blijkt dat de netbeheerder en een productie- of leveringsbedrijf over en weer minderheidsbelangen mogen hebben.

74. De Commissie benadrukt in haar opmerkingen dat de verenigbaarheid van het groepsverbod met het vrij verkeer van kapitaal moet worden beoordeeld aan de hand van de relevante regels van het afgeleide Unierecht en lijkt te betogen dat de enkele verenigbaarheid van het groepsverbod met de doelstellingen van de richtlijnen als rechtvaardiging van deze maatregel kan dienen.

75. Volgens mij zou de echte vraag veeleer moeten luiden: is de naderhand in de richtlijnen van 2009 opgenomen ontvlechting van de eigendom verenigbaar met het Verdrag en met name met de verkeersvrijheden die hierdoor kunnen worden belemmerd?

76. Volgens vaste rechtspraak is de Uniewetgever in beginsel, evenals de nationale wetgever, gehouden om de door het Verdrag ingevoerde verkeersvrijheden te respecteren.<sup>37</sup> In de rechtsliteratuur<sup>38</sup> heeft zich een discussie ontsponnen over de vraag of de afgeleide wetgeving onderworpen is aan een toetsing van dezelfde aard en intensiteit bij de beoordeling van haar verenigbaarheid met het primaire Unierecht, in het bijzonder het vrij verkeer<sup>39</sup>, of dat deze toetsing moet worden aangepast aan de eigen kenmerken en doelstellingen van het Unierecht.

36 — Niettemin gaat het niet om een verplichting. Dienaangaande bepaalt artikel 26 van richtlijn 2009/72, onder het kopje „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders”, evenals artikel 15 van richtlijn 2003/54, dat „[d]eze regels [...] geen verplichting in[houden] om de eigendom van de activa van het distributiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf”.

37 — Zie met betrekking tot het vrij verkeer van goederen arrest van 20 april 1978, *Les Commissionnaires Réunis en Les Fils de Henri Ramel* (80/77 en 81/77, Jurispr. blz. 927), waarin het Hof heeft verklaard als volgt: „Het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking geldt, gelijk het Hof meermaals heeft verklaard, niet enkel voor nationale maatregelen, maar evenzeer voor maatregelen die van de gemeenschapsinstellingen uitgaan.” Zie ook arrest van 17 mei 1984, *Denkavit Nederland* (15/83, Jurispr. blz. 2171, punt 15). Mijns inziens is er geen aanleiding om op het gebied van het vrij verkeer van kapitaal een andere redenering te volgen.

38 — Zie hierover Mortelmans, K., „The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market”, *Common Market Law Review*, nr. 39, 2002, blz. 1303.

39 — Voorstander hiervan is Petersmann, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Freiburg, 1991.

77. In de zaak Bauhuis heeft het Hof verklaard dat maatregelen die niet eenzijdig door de lidstaten ter bescherming van een nationaal belang, maar door de Raad in het algemeen belang van de Gemeenschap zijn vastgesteld, niet als verkeersbelemmerend kunnen worden aangemerkt.<sup>40</sup> Met andere woorden: wat het afgeleide Unierecht betreft lijkt er sprake van een vermoeden van overeenstemming met het door het Verdrag gegarandeerde vrij verkeer. Een recenter voorbeeld van de specificiteit van de toetsing van maatregelen van afgeleid recht aan de verkeersvrijheden kan worden gevonden in het arrest Duitsland/Parlement en Raad<sup>41</sup>, waarin het Hof heeft verklaard dat de doelstelling van de strijd tegen elke vorm van marktverstoring een uit de richtlijn inzake de depositogarantiestelsels voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging kon rechtvaardigen. Een dergelijke doelstelling had ongetwijfeld niet kunnen worden aangevoerd als rechtvaardiging van een soortgelijke nationale maatregel, die als van zuiver economische aard zou zijn gekenmerkt.

78. In de rechtspraak van het Hof is dus erkend dat de economische doelstellingen van het Verdrag beperkingen van de uit het Unierecht voortvloeiende fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen. In het kader van de hoofdgedingen moet dus worden nagegaan of, en in welke mate, het oogmerk van een nationale regeling die de doelstellingen van het Verdrag beoogt na te streven, dit eveneens vermag. Dit vraagstuk kan zich op identieke wijze voordoen buiten het kader van de liberalisering van de sectoren van de elektriciteits- en gasdistributienetwerken, met name in het kader van de beoordeling van een nationale regeling op het gebied van de mededinging die, binnen haar eigen werkingssfeer, verder blijkt te gaan dan de Unieregeling en dus een beperking van de vrijheid van vestiging zou kunnen vormen.

### 3. Rechtvaardigingen die van „zuiver economische” aard zijn

79. In het kader van de tweede prejudiciële vraag heb ik uiteengezet dat zowel het groepsverbod als het verbod op nevenactiviteiten dat op beheerders van distributienetwerken van toepassing is, valt onder de werkingssfeer van het vrij verkeer van kapitaal, dat hierdoor wordt beperkt.

80. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard dat het vrij verkeer van kapitaal slechts door een nationale regeling mag worden beperkt, wanneer deze regeling wordt gerechtvaardigd door een van de in artikel 58 EG genoemde redenen of door dwingende vereisten van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof. Bovendien moeten dergelijke beperkingen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en mogen zij niet verder gaan dan hetgeen hiervoor noodzakelijk is.<sup>42</sup>

81. De verwijzende rechter merkt op dat de doelstellingen van transparantie op de energiemarkt en het voorkomen van concurrentievervalsing (het bewerken van een „level playing field”), op welke doelstellingen de Staat zich ter rechtvaardiging van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten heeft beroepen, eveneens door het Parlement en de Raad ten grondslag zijn gelegd aan de richtlijnen 2009/72 en 2009/73. Volgens hun preambules beogen deze richtlijnen met name de waarborging van een eerlijke toegang tot het net en transparantie op de markt met het oog op de toepassing van transparante en niet-discriminerende tarieven.<sup>43</sup> Hoewel deze richtlijnen geen eigendomssplitsing van netbeheer en commerciële activiteiten verplicht stellen, zijn, aldus de verwijzende rechter, de voorgeschreven maatregelen van onder meer ontvlechting en functionele scheiding mede ter bereiking van de zojuist vermelde doelstellingen verplicht gesteld.

40 — Arrest van 25 januari 1977 (46/76, Jurispr. blz. 5, punten 27-30)

41 — Arrest van 13 mei 1997 (C-233/94, Jurispr. blz. I-2405, punt 57).

42 — Zie arrest van 21 december 2011, Commissie/Polen (C-271/09, Jurispr. blz. I-13613, punten 55 en 58).

43 — Zie met name punten 4, 7, 26 en 32 van de considerans van richtlijn 2009/72 en punten 4, 5, 25 en 31 van de considerans van richtlijn 2009/73.

82. De vennootschappen zijn daarentegen van mening dat de transparantie en de voorkoming van kruissubsidiëring vooral bedoeld zijn om de mededinging op de Nederlandse energiemarkt te versterken. Onder verwijzing naar de vaste rechtspraak van het Hof betogen zij dat dergelijke doelstellingen zuiver economisch van aard zijn en als zodanig geen dwingende vereisten van algemeen belang kunnen vormen.<sup>44</sup>

83. De Commissie is op haar beurt van mening dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten weliswaar neerkomen op een scheiding van de beheerders van het distributienetwerk die verder gaat dan die welke door de richtlijnen 2003/54 en 2003/55 is voorgeschreven, maar dat zij niettemin strookt met de strekking en de doelstellingen van deze richtlijnen.

84. Mijns inziens blijkt uit zowel de preambule van de richtlijnen van 2009 als de parlementaire behandeling in Nederland duidelijk dat de hoofddoelstellingen van de eigendomsontvlechting en het groepsverbod respectievelijk zijn, in de Unie, groei van investeringen en mededinging op de energiemarkt en prijsdaling in Europa<sup>45</sup> en, in Nederland, de bestrijding van mededingingsverstoring gedrag door middel van verbeterde transparantie.<sup>46</sup> Dienaangaande behoeft slechts te worden opgemerkt dat deze doelstellingen op het eerste gezicht motieven van economische aard in de zin van de rechtspraak van het Hof vormen.

85. Concreet, en in weerwil van de in casu aangevochten economische motieven, kunnen het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten mijns inziens op drie manieren worden gerechtvaardigd. In de eerste plaats zou kunnen worden betoogd dat het niet gaat om „zuiver” economische belangen, maar eerder om middelen met een niet-economisch oogmerk. In de tweede plaats door het begrip „economisch belang” aldus nader invulling te geven dat dit mede de protectionistische, of zelfs „egoïstische”, doelstelling van de getoetste maatregel omvat. In de derde plaats door, los van de vraag of het aangevoerde belang al dan niet economisch van aard is, de litigieuze verboden te rechtvaardigen met een verwijzing naar een van de doelstellingen van het Verdrag.

86. De eerste redenering ligt in de lijn van de – inmiddels door het Hof aanvaarde – versoepelingen van het verbod van economische belangen.<sup>47</sup> In het bijzonder verwijst de Nederlandse regering naar een serie arresten, waarin het Hof een aantal maatregelen die zowel een economisch als niet-economisch belang nastreefden, wettig heeft verklaard.<sup>48</sup>

87. Deze redenering stuit in de hoofdingen evenwel op twee problemen. Het eerste probleem houdt verband met de formulering van de derde prejudiciële vraag van de Hoge Raad der Nederlanden, die enkel betrekking heeft op de doelstellingen van transparantie op de energiemarkt en de verstoringen van de mededinging, waardoor het Hof geen rekening mag houden met de door de Nederlandse regering aangevoerde niet-economische belangen, te weten met name het beschermen van afnemers, het garanderen van de leveringszekerheid en het belang dat de netbeheerders zich op die taak concentreren.

44 — Arresten van 10 juli 1984, *Campus Oil e.a.* (72/83, Jurispr. blz. 2727, punten 35 en 36); 17 maart 2005, *Kranemann* (C-109/04, Jurispr. blz. I-2421, punt 34), en 15 april 2010, *CIBA* (C-96/08, Jurispr. blz. I-2911, punt 48).

45 — Zie wat dit punt betreft de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn [COM(2007) 528 def., blz. 5].

46 — In hun opmerkingen herhalen *Essent NV* en *Essent Nederland BV* in feite de overwegingen die de Nederlandse wetgever in de verschillende fases van het wetgevingsproces naar voren heeft gebracht.

47 — Zie voor een poging tot rationalisering van deze versoepelingen *Snell, J.*, „Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement”, in *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, uitg. Schrauwen, A., Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

48 — Arrest *Campus Oil e.a.* (aangehaald in voetnoot 44).

88. Het tweede probleem is, zoals de vennootschappen terecht benadrukken, dat noch op het punt van de gepastheid van deze maatregelen noch op het punt van hun evenredigheid in het licht van deze doelstellingen, er een duidelijk verband is tussen het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten aan de ene kant en de openbare veiligheid en de bescherming van de afnemer aan de andere kant.<sup>49</sup> Het privatiseringsverbod lijkt mij namelijk reeds voldoende te beantwoorden aan de vereisten uit hoofde van de noodzaak om de openbare veiligheid te beschermen, aangezien dit verbod onder meer uitsluit dat de netwerken voor elektriciteit worden beheerd door vennootschappen die onder toezicht staan van derde landen. De vereisten uit hoofde van de consumentenbescherming verdienen daarentegen bijzondere aandacht, ook al heeft de wetgever aanvaard dat verticaal geïntegreerde vennootschappen blijven voortbestaan.

89. De tweede redenering berust op de gedachte dat de uit het Unierecht voortkomende maatregelen niet even strikt worden getoetst aan de verkeersvrijheden als zuiver nationale maatregelen, omdat het – hetgeen het Hof beoogt door motieven die een beperkende maatregel kunnen rechtvaardigen te onderscheiden van andere motieven – niet zozeer gaat om de economische aard van het nagestreefde belang zelf, als wel om de impliciet protectionistische doelstelling van deze expliciete rechtvaardiging.<sup>50</sup> De statische classificatie van de wetgeving waarin het overheidsbeleid is vormgegeven, doet er dus minder toe dan de dynamische doelstelling in het licht van het stelsel en de doelstellingen van het Verdrag.

90. Steun voor deze analyse kan worden gevonden in de nadere beschouwing van de maatregelen die aan de orde waren in een aantal zaken waarin het Hof de rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van kapitaal als van zuiver economische aard heeft afgewezen.

91. Zo heeft het Hof in de zaak *Commissie/Portugal*<sup>51</sup> niet aanvaard dat de nationale regeling waar het in die zaak om ging, welke ertoe strekte het aantal uit andere landen afkomstige investeerders te beperken en het verwerven van deelnemingen boven een bepaalde drempel te onderwerpen aan een voorafgaande vergunning van de Republiek Portugal, kon worden gerechtvaardigd door hetzij de versterking van de mededingingsstructuur van de betrokken markt, hetzij de modernisering en versterking van de doeltreffendheid van de productiemiddelen, met een verwijzing naar de economische aard van deze overwegingen. Mijns inziens heeft het Hof zich in dit arrest impliciet laten leiden door de verdenking van protectionistische beweegredenen bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de met de afgifte van een dergelijke vergunning belaste nationale autoriteit.

92. Overigens wordt de predominantie van het gevaar dat de aangevoerde rechtvaardiging op oneigenlijke wijze voor protectionistische doeleinden wordt angewend, a fortiori zichtbaar in de rechtspraak van het Hof die geen betrekking heeft op economische rechtvaardigingen. Zo heeft het Hof in de recente zaak *Commissie/Griekenland*<sup>52</sup> de rechtvaardiging van een maatregel ter zake van de voorafgaande vergunning voor de verwerving van deelnemingen in strategische naamloze vennootschappen niet aanvaard, omdat de nationale autoriteiten deze bevoegdheid discretionair konden uitoefenen, ondanks dat in casu sprake was van een reden van openbare veiligheid die een dergelijke maatregel kon rechtvaardigen, namelijk de continuïteit van de energievoorziening zeker te stellen. Met andere woorden: het uiteindelijke doel van de getoetste nationale maatregel weegt zwaarder dan zijn economische kwalificatie.

49 — Temeer omdat het Hof van mening is dat de in het huidige artikel 65, lid 1, VWEU opgenomen uitzondering uit hoofde van de openbare veiligheid strikt moet worden opgevat en slechts kan worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging. Zie dienaangaande arrest van 13 mei 2003, *Commissie/Spanje* (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 72), en arrest *Commissie/Portugal* (aangehaald in voetnoot 29, punt 73).

50 — Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd.

51 — Aangehaald in voetnoot 17, punt 52.

52 — Aangehaald in voetnoot 20, punt 79.



93. Ook in de zaak *Commissie/Italië*<sup>53</sup> ging het om een privatiseringswet die, als overgangsmaatregel met het oog op de volledige liberalisering van de energiesector, stemrecht onthield aan deelnemingen van meer dan 2 %. De Italiaanse Republiek heeft gepoogd deze maatregel te rechtvaardigen met een verwijzing naar de noodzaak om gezonde en billijke concurrentievoorwaarden op de energiemarkten te waarborgen, welke doelstelling door het Hof niet kon worden gebillijkt. Ook in dat geval was het mijns inziens niet zozeer de economische aard van de maatregel die het Hof van de sanctionering ervan weerhield, als wel het feit dat deze maatregel bijdroeg tot de handhaving van de status quo, te weten, in casu, het toezicht van de Italiaanse overheid op de vennootschappen die op weg naar privatisering waren, hetgeen per definitie een protectionistisch oogmerk heeft.

94. Zo ook de rechtspraak van het Hof inzake de zogenoemde „golden shares”, waarin het eveneens niet zozeer ging om de economische aard van de aangevoerde rechtvaardiging, als wel om de buitensporigheid van het recht dat de regering zich voorbeheld, wat ook in dat geval leidde tot protectionisme van de zijde van de overheid, hetgeen mijns inziens rechtvaardigt dat het Hof dergelijke maatregelen stelselmatig onverenigbaar met het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging heeft verklaard.<sup>54</sup>

95. Een a priori met de vaste rechtspraak van het Hof onverenigbare doelstelling zou integendeel als met het Verdrag verenigbaar kunnen worden aangemerkt, indien zij in het kader van een hernieuwde benadering van de economische rechtvaardigingsgrond aan een doelcriterium zou worden onderworpen. Voor een dergelijke nieuwe aanpak zou met name een onderscheid moeten worden gemaakt tussen, enerzijds, economische motieven die tot gevolg hebben dat op de een of andere wijze economische belangen van de lidstaten worden beschermd en, anderzijds, economische motieven die tot gevolg hebben dat een sector conform de economische doelstellingen van het Verdrag wordt ingericht.

96. Wat de hoofdgedingen betreft lijkt mij dat in de uitgangssituatie in Nederland, dat wil zeggen een situatie waarin de netbeheerders en de verticaal geïntegreerde energievennootschappen in handen zijn van publieke entiteiten, het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten de nationale marktdeelnemers niet direct of indirect bevoordelen. Integendeel, aangezien Essent NV werd verplicht zich te splitsen nog voor zij kon worden geprivatiseerd, is deze vennootschap van mening dat zij door de gedwongen overdracht van de aandelen in de beheerder van het distributienet Enexis Holding NV, in een concurrentiepositie is geplaatst die ongunstig is ten opzichte van concurrenten van die lidstaten waar het model van de verticaal geïntegreerde bedrijven nog steeds wordt goedgekeurd. Bijgevolg lijkt het erop dat het groepsverbod, anders dan de maatregelen die in de hiervoor aangehaalde zaken onverenigbaar met de verkeersvrijheden werden verklaard, geen protectionistisch oogmerk heeft.

97. Overigens hebben het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten nauwelijks een protectionistisch oogmerk ten gunste van de overheid, die weliswaar als enige eigenaar van de netbeheerders mag zijn, maar net zo goed geen energievennootschappen in eigendom mag hebben wanneer zij netbeheerder is.

98. De derde redenering houdt de erkenning in van een nieuwe grondslag voor de rechtvaardiging van een beperking van de verkeersvrijheden, ontleend aan de bepaling van het Verdrag dat de interne markt te allen tijde een regime omvat dat een ongestoorde mededinging verzekert. Deze bepaling was reeds opgenomen in artikel 3, sub f, van het EEG-Verdrag en is tegenwoordig neergelegd in Protocol nr. 27 bij het VWEU.<sup>55</sup>

53 — Arrest van 2 juni 2005 (C-174/04, Jurispr. blz. I-4933, punt 37).

54 — Zie bijvoorbeeld arrest *Commissie/Portugal* (aangehaald in voetnoot 29), waarin het ging om aandelen waaraan bijzondere rechten (vetorechten) waren verbonden die zich in meerderheid in handen van de staat of andere publieke aandeelhouders moesten bevinden.

55 — Zie met betrekking tot de rechtspraak ter zake van artikel 3, sub f, EEG-Verdrag arrest van 10 januari 1985, *Association des Centres distributeurs Leclerc en Thouars Distribution* (229/83, Jurispr. blz. 1, punten 20 e.v.).

99. De nationale regeling die tot doel heeft om op regionaal, of zelfs lokaal, niveau de historische monopolies van de verticaal geïntegreerde energiebedrijven te vervangen door een structuur die het door ontvlechting van de eigendom van de beheerder van het distributienet en die van de diensten die dit net exploiteren, mogelijk maakt om een concurrerende markt voor de verhandeling, de levering en de productie van energie in het leven te roepen, vormt wel degelijk een maatregel die kan waarborgen dat de mededinging niet wordt verstoord.

100. Mijns inziens kunnen de beperkingen van de handelingsvrijheid van zowel de beheerder van het distributienet als de energievennootschappen een niet-discriminerende toegang tot de energiemarkt waarborgen en verzekeren dat de mededinging bij de verhandeling, levering en productie van energie niet wordt verstoord. Volgens mij moet deze doelstelling worden beschouwd als een belangrijke, aan het algemeen belang ontleende rechtvaardiging voor niet-discriminerende nationale beperkingen die noodzakelijk blijken voor de liberalisering van een markt die wordt gekenmerkt door een natuurlijk monopolie. Of deze rechtvaardiging wordt gekwalificeerd als niet-zuiver economische of niet-protectionistische rechtvaardiging is van ondergeschikt belang.

101. Meer in het bijzonder versterkt het groepsverbod de scheiding tussen, enerzijds, de levering en de productie en, anderzijds, de distributie van energie, hetgeen, aldus punt 11 van de considerans van de richtlijnen 2009/72 en 2009/73, het efficiëntste middel is om investeringen in infrastructuur op niet-discriminerende wijze te bevorderen en te zorgen voor eerlijke toegang tot het net voor nieuwkomers en transparantie op de markt.

102. Tegelijkertijd zorgt het verbod op nevenactiviteiten ervoor dat er geen „spill over” optreedt naar de andere sectoren, zoals het beheer van het afval, van de middelen die beschikbaar komen in het kader van een activiteit die het karakter van een natuurlijk monopolie heeft, terwijl ook het beheer van de netwerken tegen de met nevenactiviteiten verbonden gevaren wordt beschermd. Hieruit volgt dat met een dergelijk verbod kan worden gewaarborgd dat exploitatieoverschotten die mogelijkkerwijs bij het beheer van de netwerken ontstaan, worden geïnvesteerd in het onderhoud of de verbetering van het net en niet in nevenactiviteiten.

103. Met betrekking tot de evenredigheid van de principiële keuze van de nationale wetgever, te weten de structurele ontvlechting van het beheer van de distributienetwerken en de verhandeling, levering en productie van elektriciteit en gas, constateer ik dat dit verbod niet verder gaat dan hetgeen nodig is om de doelstellingen van transparantie op de energiemarkt en het voorkomen van verstoringen van de mededinging te bereiken.

104. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de derde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat de litigieuze nationale regelingen, zoals het groepsverbod dat zich uitstrekt tot zowel de beheerders van energiedistributienetten als de rechtspersonen die elektriciteit en gas in Nederland verhandelen, leveren of produceren, en het verbod op nevenactiviteiten, dat geldt voor de beheerders van het distributienet, kunnen worden beschouwd als gerechtvaardigde beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal, omdat hiermee kan worden gewaarborgd dat de mededinging niet wordt verstoord doordat een monopoliepositie als beheerder van het distributienet wordt benut bij de verhandeling, levering of productie, dan wel binnen andere van het netbeheer afgescheiden sectoren.



## V – Conclusie

105. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden als volgt te beantwoorden:

- „1) Een regeling van een lidstaat als die aan de orde in de hoofdgedingen, inhoudende dat de aandelen in een distributienetbeheerder uitsluitend kunnen worden overgedragen aan overheidslichamen en bepaalde vennootschappen die voor 100 % in handen zijn van de overheid (privatiseringsverbod), vormt een regeling van het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 345 VWEU en is uit dien hoofde verenigbaar met het Unierecht.
- 2) Hoewel het in de hoofdgedingen ter discussie staande verbod van de privatisering van de distributienetbeheerders een met het Unierecht verenigbare regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 345 VWEU vormt, vallen andere nationale regelingen, zoals het verbod van groepen bestaande uit zowel beheerders van het energiedistributienet als rechtspersonen die in Nederland elektriciteit of gas verhandelen, leveren of produceren, en het verbod op nevenactiviteiten, dat geldt voor de beheerders van het distributienet, binnen de werkingssfeer van het vrij verkeer van kapitaal, in het licht waarvan hun verenigbaarheid moet worden onderzocht.
- 3) De litigieuze nationale regelingen, zoals het groepsverbod dat zich uitstrekt tot zowel de beheerders van energiedistributienetten als de rechtspersonen die elektriciteit en gas in Nederland verhandelen, leveren of produceren, en het verbod op nevenactiviteiten, dat geldt voor de beheerders van het distributienet, kunnen worden beschouwd als gerechtvaardigde beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal, omdat hiermee kan worden gewaarborgd dat de mededinging niet wordt verstoord doordat een monopoliepositie als beheerder van het distributienet wordt benut bij de verhandeling, levering of productie, dan wel binnen andere van het netbeheer afgescheiden sectoren.”