



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

22 oktober 2013 *

„Prejudiciële verwijzing — Vrij verkeer van kapitaal — Artikel 63 VWEU — Regelingen van het eigendomsrecht — Artikel 345 VWEU — Beheerders van elektriciteits- of gasdistributienetten — Privatiseringsverbod — Verbod van banden met ondernemingen die elektriciteit of gas produceren, leveren of daarin handelen — Verbod van activiteiten die strijdig kunnen zijn met het beheer van het net”

In de gevoegde zaken C-105/12 tot en met C-107/12,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arresten van 24 februari 2012, ingekomen bij het Hof op 29 februari 2012, in de procedures

Staat der Nederlanden

tegen

Essent NV (C-105/12),

Essent Nederland BV (C-105/12),

Eneco Holding NV (C-106/12),

Delta NV (C-107/12),

wijst HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, K. Lenaerts, vicepresident, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, L. Bay Larsen en M. Safjan, kamerpresidenten, A. Rosas, J. Malenovský, U. Lõhmus, E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev (rapporteur), D. Šváby, M. Berger en A. Prechal, rechters,

advocaat-generaal: N. Jääskinen,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 januari 2013,

gelet op de opmerkingen van:

— Essent NV en Essent Nederland BV, vertegenwoordigd door W. Knibbeler en A. Pliego Selie, advocaten,

* Procestaal: Nederlands.

- Eneco Holding NV, vertegenwoordigd door C. Kroes, advocaat,
- Delta NV, vertegenwoordigd door T. Ottervanger en P. Glazener, advocaten,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en J. Langer als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en T. Müller als gemachtigden,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna en M. Szpunar als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Montaguti, S. Noë en T. van Rijn als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 april 2013,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 63 VWEU en 345 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van gedingen tussen enerzijds de Staat der Nederlanden en anderzijds Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV en Delta NV, welke vennootschappen met name actief zijn op het gebied van de productie en de levering van en de handel in elektriciteit en gas op het Nederlandse grondgebied (hierna tezamen: „Essent e.a.”), over de verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale regeling die in de eerste plaats verbiedt dat aandelen in de op het Nederlandse grondgebied actieve beheerders van elektriciteits- of gasdistributienetten aan particuliere investeerders worden verkocht (hierna: „privatiseringsverbod”), in de tweede plaats verbiedt dat er eigendoms- of zeggenschapsverhoudingen zijn tussen vennootschappen van een groep waartoe een dergelijke distributienetbeheerder behoort, enerzijds, en vennootschappen van een groep waartoe een onderneming behoort die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, anderzijds (hierna: „groepsverbod”), en in de derde plaats verbiedt dat een dergelijke beheerder en de groep waartoe hij behoort handelingen of activiteiten verricht die strijdig kunnen zijn met het beheer van het betrokken net (hierna: „verbod op nevenactiviteiten”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2003/54/EG

- 3 De punten 4 tot en met 8, 10 en 23 van de considerans van richtlijn 2003/54/EG 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), luiden:

„(4) Met de rechten die de Europese burgers in het [EG-]Verdrag worden gegarandeerd op het gebied van het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging, is evenwel alleen een volledig opengestelde markt in overeenstemming waarop alle consumenten hun leveranciers vrijelijk kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun klanten leveren.

- (5) De voornaamste hinderpalen voor de totstandbrenging van een volledig operationele en competitieve interne markt betreffen o.a. de toegang tot het netwerk, de tarifiering en een van lidstaat tot lidstaat uiteenlopende mate van openstelling van de markt.
- (6) Voor een goed werkende concurrentie is vereist dat de toegang tot het netwerk 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 distributiesysteembeheerder van het grootste belang. Een transmissie- of distributiesysteembeheerder kan één 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. De [Europese] Commissie beoordeelt maatregelen van gelijke werking die door de lidstaten zijn opgesteld om deze doelstelling te bereiken en zij dient, in voorkomend geval, voorstellen tot wijziging van de onderhavige richtlijn in. Ook moeten transmissie- en distributiesysteembeheerders over effectieve bevoegdheden beschikken om besluiten te nemen met betrekking tot de voor het onderhoud en het beheer en de ontwikkeling van de netwerken benodigde activa wanneer deze activa eigendom zijn van en geëxploiteerd worden door verticaal geïntegreerde bedrijven.

Het is noodzakelijk dat de onafhankelijkheid van de distributie- en transmissiesysteembeheerders wordt gewaarborgd, met name voor wat de productie- en leveringsbelangen betreft, en 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 niet dat de eigendom van de activa verandert, en niets staat soortgelijke of identieke arbeidsvoorwaarden voor het gehele verticaal geïntegreerde bedrijf 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 systeembeheerder het bedrijf kan zijn dat de infrastructuur bezit.

[...]

- (23) In het belang van de leverings- en voorzieningszekerheid moet het evenwicht tussen vraag en aanbod in de afzonderlijke lidstaten worden gemonitord en in vervolg op het monitoren moet een verslag worden uitgebracht over de situatie op het niveau van de Gemeenschap, met inachtneming van de interconnectiecapaciteit tussen de verschillende regio's. [...] De aanleg en het onderhoud van de nodige netwerkinfrastructuur, waaronder interconnectiecapaciteit en decentrale elektriciteitsopwekking, zijn belangrijke elementen voor het waarborgen van een stabiele elektriciteitsvoorziening."

- 4 Artikel 15 van deze richtlijn, „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders”, bepaalde met name het volgende:

„1. 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.

2. Wanneer de distributiesysteembeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf, moet hij, naast de vereisten zoals bedoeld in lid 1, met betrekking tot zijn organisatie en besluitvorming onafhankelijk zijn van andere, niet met distributie samenhangende activiteiten. Om dit te bereiken, gelden de volgende minimumcriteria:

- a) De personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de distributiesysteembeheerder maken geen deel uit van bedrijfsstructuren van het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor het dagelijkse beheer van de productie, transmissie of levering van elektriciteit;
- b) Er worden passende maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat op een zodanige wijze rekening wordt gehouden met de professionele belangen van de personen die verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de distributiesysteembeheerder, dat gewaarborgd is dat zij onafhankelijk kunnen functioneren;
- c) De distributiesysteembeheerder beschikt over effectieve bevoegdheden om onafhankelijk van het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf besluiten te nemen met betrekking tot de activa die nodig zijn voor de exploitatie, het onderhoud of de ontwikkeling van het netwerk. Dit vormt geen beletsel voor passende coördinatieregelingen die ervoor moeten zorgen dat de rechten van de moedermaatschappij op economisch toezicht en beheerstoezicht met betrekking tot het rendement van de investering, zoals indirect geregeld overeenkomstig artikel 23, lid 2, in een dochtermaatschappij beschermd worden. Een en ander stelt de moedermaatschappij met name in staat het jaarlijkse financiële plan of enig vergelijkbaar instrument van de distributiesysteembeheerder goed te keuren en algemene grenzen voor de schuldenlast van de dochtermaatschappij vast te stellen. Het biedt de moedermaatschappij echter niet de mogelijkheid instructies te geven met betrekking tot de dagelijkse bedrijfsvoering of individuele besluiten over de aanleg of de verbetering van distributielijnen, die niet verder gaan dan de voorwaarden van het goedgekeurde financiële plan of enig vergelijkbaar instrument;
- d) De distributiesysteembeheerder stelt een nalevingsprogramma vast met maatregelen om te waarborgen dat discriminerend gedrag uitgesloten is en zorgt ervoor dat er adequaat toezicht wordt gehouden op de naleving ervan. [...]

[...]”

Richtlijn 2003/55/EG

- 5 De punten 4, 6 en 7 van de considerans van richtlijn 2003/55/EG 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, met rectificatie in PB 2004, L 16, blz. 94), stemden overeen met de punten 4, 5 en 6 van de considerans van richtlijn 2003/54. De bewoordingen van de punten 8 en 23 van de considerans van richtlijn 2003/55 stemden mutatis mutandis overeen met die van de punten 7 en 23 van de considerans van richtlijn 2003/54.

6 De punten 9 en 10 van de considerans van richtlijn 2003/55 luiden als volgt:

- „(9) Indien een gasbedrijf dat transmissie-, distributie-, opslag- of LNG-activiteiten verricht qua rechtsvorm onderscheiden is van de bedrijven die productie- en/of leveringsactiviteiten verrichten, kunnen de aangewezen systeembeheerders het bedrijf zijn dat de infrastructuur bezit.
- (10) Met het oog op een efficiënte en niet-discriminerende toegang tot het netwerk moeten de transmissie- en distributiesystemen, in het geval van verticaal geïntegreerde bedrijven, door juridisch gescheiden entiteiten worden beheerd. De Commissie beoordeelt maatregelen van gelijke werking die de lidstaten vaststellen teneinde deze doelstelling te bereiken en zij dient, waar nodig, voorstellen tot wijziging van deze richtlijn in.

Ook moeten transmissie- en distributiesysteembeheerders beschikken over effectieve bevoegdheden om besluiten te nemen met betrekking tot de voor het onderhoud, het beheer en de ontwikkeling van de netwerken benodigde activa wanneer deze activa eigendom zijn van en geëxploiteerd worden door verticaal geïntegreerde bedrijven.

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.”

7 Artikel 13 van deze richtlijn, „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders”, stemde mutatis mutandis overeen met artikel 15 van richtlijn 2003/54.

Richtlijn 2009/72/EG

8 De punten 3, 4, 7, 9 tot en met 12, 15, 16, 21, 25, 26 en 44 van de considerans van richtlijn 2009/72/CE 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), zijn als volgt verwoord:

- „(3) De vrijheden die de burgers van de Unie in het Verdrag worden gegarandeerd, onder meer het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, kunnen evenwel enkel verwezenlijkt worden in een volledig opengestelde markt waarop alle consumenten hun leveranciers vrijelijk kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun afnemers leveren.
- (4) Momenteel bestaan er evenwel belemmeringen voor de verkoop van elektriciteit onder gelijke voorwaarden en zonder discriminatie of achterstelling in de [Unie]. Er is met name nog steeds geen sprake van een niet-discriminerende nettoegang en van een gelijk niveau van regulerend toezicht in de lidstaten.

[...]

(7) In de mededeling van de Commissie van 10 januari 2007 „Een energiebeleid voor Europa’ wordt het belang onderstreept van de voltooiing van de interne markt voor elektriciteit en de totstandbrenging van gelijke mededingingsvoorwaarden voor alle in de [Unie] gevestigde elektriciteitsbedrijven. Uit de mededelingen van de Commissie van 10 januari 2007 getiteld „De vooruitzichten voor de interne gas- en elektriciteitsmarkt’ en „Onderzoek op grond van artikel 17

van verordening (EG) nr. 1/2003 naar de Europese gas- en elektriciteitssectoren (Eindverslag)’ blijkt dat de huidige regels en maatregelen niet het vereiste kader leveren om de doelstelling van een goed functionerende interne markt te verwezenlijken.

[...]

- (9) Zonder een effectieve scheiding van netten van productie- en leveringsactiviteiten („effectieve ontvlechting”) bestaat het inherente risico van discriminatie, niet alleen bij de exploitatie van de netten, maar ook wat de stimulansen voor verticaal geïntegreerde bedrijven betreft om op toereikende wijze in hun netten te investeren.
- (10) De juridische en functionele ontvlechtingsregels als bepaald in richtlijn 2003/54/EG hebben evenwel niet geleid tot een effectieve ontvlechting van de transmissiesysteembeheerders. Derhalve heeft de Europese Raad in zijn zitting van 8 en 9 maart 2007 de Commissie verzocht om wetgevingsvoorstellen uit te werken voor een „daadwerkelijke scheiding tussen leverings- en productiediensten, enerzijds, en netexploitatie, anderzijds’.
- (11) Uitsluitend het wegwerken van stimulansen voor verticaal geïntegreerde bedrijven om hun concurrenten met betrekking tot nettoegang en -investeringen te discrimineren, kan 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 [PB 2008, L 175 E, blz. 206] 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.
- (12) Eventuele systemen voor ontvlechting moeten doeltreffend zijn bij het wegnemen van eventuele belangenconflicten tussen producenten, leveranciers en transmissiesysteembeheerders, teneinde prikkels te creëren voor de nodige investeringen en de toegang van nieuwkomers op de markt met een transparant, efficiënt reguleringssysteem te waarborgen, en zij mogen voor nationale regulerende instanties geen te bezwaarlijk reguleringssysteem opleveren.

[...]

- (15) Om in het kader van de ontvlechting van de eigendom volledige onafhankelijkheid van de netexploitatie ten aanzien van productie- en leveringsbelangen te waarborgen en de uitwisseling van vertrouwelijke informatie te voorkomen, mag eenzelfde persoon geen lid zijn van de raad van bestuur van zowel een transmissiesysteembeheerder of een transmissiesysteem als een bedrijf dat één van de functies van productie of levering verricht. Om dezelfde reden mag eenzelfde persoon niet over de bevoegdheid beschikken om leden van de raad van bestuur van een transmissiesysteembeheerder of een transmissiesysteem aan te wijzen, én zeggenschap of rechten uit te oefenen over een productie- of leveringsbedrijf.

- (16) De aanwijzing van een systeem- of transmissiebeheerder die onafhankelijk is van productie- en leveringsbelangen, dient het voor een verticaal geïntegreerd bedrijf mogelijk te maken om zijn eigendom van netactiva te handhaven en tegelijkertijd een effectieve scheiding van belangen te bewerkstelligen, op voorwaarde dat deze onafhankelijke systeembeheerder of de onafhankelijke transmissiebeheerder alle functies van een systeembeheerder vervult en er is voorzien in gedetailleerde regulerings- en toezichtmechanismen.

[...]

- (21) Een lidstaat mag kiezen voor volledige ontvlechting van de eigendom op zijn grondgebied. Indien een lidstaat dat recht heeft uitgeoefend, heeft een bedrijf niet het recht de onafhankelijke systeembeheerder of de onafhankelijke transmissiebeheerder aan te wijzen. Voorts kan een bedrijf dat één van de functies van productie of levering verricht geen directe of indirecte zeggenschap, noch rechten uitoefenen over een transmissiesysteembeheerder uit een lidstaat die wél voor volledige ontvlechting van de eigendom heeft gekozen.

[...]

- (25) De zekerheid van de energievoorziening is een essentieel element voor de openbare veiligheid en is daarom inherent verbonden met de efficiënte functionering van de markt voor elektriciteit en met de integratie van de geïsoleerde markten van de lidstaten. [...]
- (26) Niet-discriminerende toegang tot het distributienet is bepalend voor de toegang tot afnemersdownstream op kleinhandelsniveau. De ruimte voor discriminatie wat toegang voor derden en investeringen betreft, is echter kleiner op distributieniveau dan op transmissieniveau omdat congestie en de invloed van de productie- of leveringsbelangen op het distributieniveau doorgaans minder groot zijn dan op het transmissieniveau. Bovendien is de wettelijke en functionele ontvlechting van de distributiesysteembeheerders overeenkomstig richtlijn 2003/54/EG pas verplicht sinds 1 juli 2007 en moeten de effecten daarvan op de interne markt voor elektriciteit nog worden geëvalueerd. De momenteel geldende regels voor juridische en functionele ontvlechting kunnen resulteren in effectieve ontvlechting op voorwaarde dat zij duidelijker worden geformuleerd, goed ten uitvoer worden gelegd en nauwlettend worden gemonitord. Om gelijke mededingingsvoorwaarden op kleinhandelsniveau te creëren, moeten de activiteiten van de distributiesysteembeheerders daarom worden gemonitord om te voorkomen dat zij profiteren van hun verticale integratie ten gunste van hun concurrentiepositie op de markt, met name ten aanzien van huishoudelijke en kleine niet-huishoudelijke afnemers.

[...]

- (44) In het belang van de leverings- en voorzieningszekerheid moet het evenwicht tussen vraag en aanbod in de afzonderlijke lidstaten worden gemonitord en in vervolg op zulke monitoren moet een verslag worden uitgebracht over de situatie op het niveau van de Gemeenschap, met inachtneming van de interconnectiecapaciteit tussen de verschillende regio's. [...] De aanleg en het onderhoud van de nodige netinfrastructuur, waaronder interconnectiecapaciteit en decentraliseerde elektriciteitsopwekking, zijn belangrijke elementen voor het waarborgen van een stabiele elektriciteitsvoorziening."

- 9 Artikel 9 van richtlijn 2009/72 betreft de „[o]ntvlechting van transmissiesystemen en van transmissiesysteembeheerders” en artikel 14 ervan de „[o]ntvlechting van eigenaars van transmissiesystemen”. De artikelen 18 en 19 van deze richtlijn beogen volgens het opschrift ervan respectievelijk de „[o]nafhankelijkheid van de transmissiesysteembeheerder” en de „[o]nafhankelijkheid van het personeel en van het beheer van de transmissiesysteembeheerder” te waarborgen.

10 Artikel 26, leden 1 tot en met 3, van genoemde richtlijn, „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders”, luidt:

„1. 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.

2. Wanneer de distributiesysteembeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf, moet hij, naast de vereisten zoals bedoeld in lid 1, met betrekking tot zijn organisatie en besluitvorming onafhankelijk zijn van andere, niet met distributie samenhangende activiteiten. Om dit te bereiken, gelden de volgende minimumcriteria:

- a) personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van [de] distributiesysteembeheerder mogen niet deelnemen in bedrijfsstructuren van het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf die direct of indirect verantwoordelijk zijn voor het dagelijkse beheer van de productie, transmissie of levering van elektriciteit;
- b) er worden passende maatregelen genomen teneinde ervoor te zorgen dat rekening wordt gehouden met de professionele belangen van de personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de distributiesysteembeheerders, zodat zij onafhankelijk kunnen functioneren;
- c) de distributiesysteembeheerder beschikt over effectieve bevoegdheden om onafhankelijk van het geïntegreerde elektriciteitsbedrijf besluiten te nemen met betrekking tot de activa die nodig zijn voor de exploitatie, het onderhoud of de ontwikkeling van het net. Om deze taken te vervullen beschikt de distributiesysteembeheerder over de nodige middelen, inclusief personele, technische, fysieke en financiële middelen. Dit vormt geen beletsel voor passende coördinatieregelingen die ervoor moeten zorgen dat de rechten van de moederonderneming op economisch toezicht en beheerstoezicht met betrekking tot het rendement van de investering, zoals indirect geregeld overeenkomstig artikel 37, lid 6, in een dochteronderneming beschermd worden. Hierdoor wordt de moederonderneming met name in staat gesteld het jaarlijkse financiële plan of enig equivalent instrument van de distributiesysteembeheerder goed te keuren en algemene limieten voor de schuldenlast van de dochteronderneming vast te stellen. Het biedt de moederonderneming echter niet de mogelijkheid instructies te geven met betrekking tot de dagelijkse bedrijfsvoering of individuele besluiten over de aanleg of de verbetering van distributielijnen, die niet verder gaan dan de voorwaarden van het goedgekeurde financiële plan of enig equivalent instrument; en
- d) de distributiesysteembeheerder stelt een nalevingsprogramma vast met maatregelen om te waarborgen dat discriminerend gedrag is uitgesloten, en zorgt ervoor dat de naleving daarvan op adequate wijze wordt gemonitord. [...]

3. Wanneer de distributiesysteembeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf zien de lidstaten erop toe dat de activiteit van de distributiesysteembeheerder wordt gemonitord door de regulerende instanties of andere bevoegde instanties om erover te waken dat hij die verticale integratie niet benut om de mededinging te vervalsen. Met name vermijden verticaal geïntegreerde distributiesysteembeheerders om via communicatie en merknamen verwarring te scheppen wat de afzonderlijke identiteit betreft van de leveringstak van het verticaal geïntegreerde bedrijf.”

11 Ingevolge artikel 49, lid 1, eerste alinea, van diezelfde richtlijn is de termijn voor omzetting daarvan in nationaal recht op 3 maart 2011 verstreken.

Richtlijn 2009/73/EG

- 12 De punten 3, 5, 6, 8, 9, 12, 13 en 18 van de considerans van richtlijn 2009/73/EG 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), stemmen overeen met de punten 3, 7, 9, 11, 12, 15, 16 en 21 van de considerans van richtlijn 2009/72. De punten 4, 7, 22, 25 en 40 van de considerans van richtlijn 2009/73 stemmen mutatis mutandis overeen met de punten 4, 10, 25, 26 en 44 van de considerans van richtlijn 2003/72.
- 13 Artikel 9 van richtlijn 2009/73 regelt de „[o]ntvlechting van transmissiesystemen en van transmissiesysteembeheerders” en artikel 15 ervan de „[o]ntvlechting van eigenaars van transmissiesystemen en opslagsysteembeheerders”. De artikelen 18 en 19 van deze richtlijn beogen volgens de opschriften ervan de „[o]nafhangelijkheid van de transmissiesysteembeheerder” en de „[o]nafhangelijkheid van het personeel en het beheer van de transmissiesysteembeheerder” te waarborgen.
- 14 Artikel 26, leden 1 tot en met 3, van genoemde richtlijn, „Ontvlechting van distributiesysteembeheerders” stemt mutatis mutandis overeen met artikel 26, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2009/72.
- 15 Ingevolge artikel 54, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2009/72 is de termijn voor omzetting daarvan in nationaal recht op 3 maart 2011 verstreken.

Nederlands recht

Privatiseringsverbod

- 16 Uit de verzoeken om een prejudiciële beslissing volgt dat het privatiseringsverbod ten tijde van de feiten die tot de hoofdgedingen hebben geleid, voortvloeide uit artikel 93 van de Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit (Elektriciteitswet 1998) (*Staatsblad* 1998, 427; hierna: „Elektriciteitswet 1998”), en/of artikel 85 van de Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (Gaswet) (*Staatsblad* 2000, 305; hierna: „Gaswet”) in combinatie met het Besluit van 9 februari 2008, houdende regels omtrent het verlenen van instemming met wijzigingen ten aanzien van rechten op aandelen in een netbeheerder als bedoeld in de Elektriciteitswet 1998 en in de Gaswet (Besluit aandelen netbeheerders) (*Staatsblad* 2008, 62; hierna: „besluit van 2008”), dat is vastgesteld krachtens artikel 93, lid 4, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 85, lid 4, van de Gaswet.
- 17 Ingevolge artikel 93, lid 2, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 85, lid 2, van de Gaswet was voor de overdracht van aandelen in een netbeheerder toestemming van de minister van Economische Zaken vereist. Ingevolge de artikelen 1 en 3 van het besluit van 2008 moest deze toestemming worden onthouden wanneer een dergelijke overdracht ertoe zou leiden dat de aandelen in handen van andere personen kwamen dan de Nederlandse Staat, de provincies of gemeenten ervan (hierna tezamen: „overheid”), of bepaalde rechtspersonen, waaronder Essent e.a., van wie de aandelen direct of indirect door de overheid werden gehouden.

Groepsverbod

- 18 Zoals het privatiseringsverbod is het groepsverbod in de Nederlandse regelgeving opgenomen bij de Wet van 23 november 2006 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Wet onafhankelijk netbeheer) (*Staatsblad*

2006, 614; hierna: „Won”), namelijk in artikel 10b, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, lid 1, van de Gaswet. De Won heeft onder meer de nationale bepalingen ter omzetting van de richtlijnen 2003/54 en 2003/55 (hierna tezamen: „richtlijnen van 2003”) gewijzigd.

19 Artikel 10b, leden 1 tot en met 3, van de Elektriciteitswet 1998 bepaalt het volgende:

„1. Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.

2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.

3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:

- a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt;
- b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.”

Verbod op nevenactiviteiten

20 Het verbod op nevenactiviteiten, dat eveneens in de Nederlandse wet is ingevoegd bij de Won, was opgenomen in artikel 17, leden 2 en 3, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, leden 2 en 3, van de Gaswet. Deze wettelijke bepalingen luiden als volgt:

„2. Indien een netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, is het deze groep niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net.

3. Onder handelingen en activiteiten als bedoeld in het tweede lid worden in ieder geval verstaan:

- a. handelingen en activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten,
- b. het door de netbeheerder verstrekken van zekerheden ten behoeve van de financiering van activiteiten van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen en
- c. het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen,

tenzij het verstrekken van zekerheden of het zich aansprakelijk stellen voor schulden door de netbeheerder:

- 1°. geschiedt ten behoeve van handelingen of activiteiten die de netbeheerder zelf zou mogen verrichten,
- 2°. anderszins verband houdt met het netbeheer of
- 3°. geschiedt om te voldoen aan voorwaarden in verband met de toepassing van wettelijke bepalingen.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 21 Ten tijde van de vaststelling van de Won, die het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet heeft ingevoerd, waren Essent e.a. verticaal geïntegreerde bedrijven die actief waren op het gebied van zowel de productie en de levering van en/of de handel in elektriciteit en/of gas op het Nederlandse grondgebied, als het beheer en de exploitatie van distributienetwerken voor elektriciteit of gas op datzelfde grondgebied.
- 22 Als gevolg van de vaststelling van de Won, die onder meer het groepsverbod inhield, is Essent NV op 1 juli 2009 gesplitst in twee afzonderlijke vennootschappen, namelijk Enexis Holding NV, waarvan het statutaire doel het beheer van een distributienet voor gas en elektriciteit op het Nederlandse grondgebied is en waarvan alle aandelen in handen van de overheid zijn, en Essent NV, waarvan het statutaire doel de productie en levering van en de handel in elektriciteit en gas is. Laatstgenoemde vennootschap is overgenomen door de dochteronderneming van een Duitse groep die in de energiesector gespecialiseerd is, RWE AG. Eneco Holding NV en Delta NV zijn niet gesplitst, maar hebben hun dochterondernemingen Stedin Netbeheer BV en Delta Netwerkbedrijf BV als de respectieve beheerder voor hun distributienetwerken op het Nederlandse grondgebied aangewezen.
- 23 Bij drie afzonderlijke acties hebben Essent e.a. de Rechtbank Den Haag verzocht vast te stellen dat de nationale bepalingen waarin het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten zijn opgenomen, onverenigbaar zijn met onder meer artikel 63 VWEU en bijgevolg buiten toepassing moeten blijven.
- 24 De Staat der Nederlanden, die in elk van deze zaken verwerende partij was, heeft zich tegen deze acties primair verweerd met een beroep op het in de nationale wet opgenomen beginsel dat privatisering verboden is, dat volgens deze Staat een regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 345 VWEU is. Dit verbod heeft tot gevolg dat de aandelen in een netbeheerder die in Nederland actief is, geen voorwerp van particuliere investeringen kunnen zijn en dat de regels van het VWEU over het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging niet van toepassing zijn. Subsidiair heeft deze lidstaat betoogd dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten geen belemmering van het vrije kapitaalverkeer en van de vrijheid van vestiging meebrengen, althans dat een belemmering van deze vrijheden gerechtvaardigd wordt door dwingende vereisten van algemeen belang.
- 25 Bij uitspraak van 11 maart 2009 heeft de Rechtbank Den Haag de verzoeken van Essent e.a. afgewezen. In hoger beroep heeft het Gerechtshof Den Haag deze uitspraak bij arrest van 22 juni 2010 vernietigd en voor recht verklaard dat genoemde nationale bepalingen onverenigbaar zijn met artikel 63 VWEU en buiten toepassing moet blijven. De Staat der Nederlanden heeft hiertegen beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter.

- 26 In die omstandigheden heeft de Hoge Raad de behandeling van de zaken geschorst en het Hof de volgende, in elk van de gevoegde zaken gelijklopende 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 [het hoofdgeding] aan de orde zijnde absoluut privatiseringsverbod zoals is opgenomen in het [besluit van 2008] in verbinding met artikel 93 Elektriciteitswet 1998 en artikel 85 Gaswet, inhoudende dat de aandelen in een netbeheerder uitsluitend binnen de kring van de overheid kunnen worden overgedragen?
 - 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 aan de regels met betrekking tot het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen?
 - 3) Zijn de mede aan de Wv 2001 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 bewerkstelligen en concurrentievervalsing te voorkomen, zuiver economische belangen, of kunnen ze mede als belangen van niet-economische aard aangemerkt worden, in die zin dat ze onder omstandigheden als dwingende redenen van algemeen belang een rechtvaardiging kunnen vormen voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal?”

Procedure bij het Hof

- 27 Bij beschikking van 26 maart 2012 heeft de president van het Hof de zaken C-105/12 tot en met C-107/12 voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste en tweede vraag

- 28 Met zijn eerste en tweede vraag, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 345 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat daaronder een regeling houdende een privatiseringsverbod zoals aan de orde in het hoofdgeding valt, die inhoudt dat de aandelen in een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten, direct of indirect door de in de nationale regelgeving omschreven overheidsentiteiten moeten worden gehouden. In geval van een bevestigend antwoord, vraagt hij zich af of deze uitlegging leidt tot onttrekking aan de toepassing van artikel 63 VWEU van nationale bepalingen, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die eigendoms- of zeggenschapsverhoudingen tussen vennootschappen van een groep waartoe een dergelijke beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort, enerzijds, en vennootschappen van een groep waartoe een onderneming behoort die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, anderzijds, verbieden alsook verbieden dat een dergelijke beheerder en de groep waartoe hij behoort handelingen of activiteiten verrichten die „strijdig kunnen zijn met het beheer van het net” in kwestie.
- 29 Artikel 345 VWEU brengt het beginsel van de neutraliteit van de Verdragen ten opzichte van de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten tot uitdrukking.
- 30 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de Verdragen zich in beginsel verzetten tegen noch de nationalisering van ondernemingen (zie in die zin arrest van 15 juli 1964, Costa, 6/64, Jurispr. blz. 1203, 1225) noch de privatisering ervan (zie in die zin arrest van 8 november 2012, Commissie/Griekenland, C-244/11, punt 17).

- 31 Hieruit volgt dat lidstaten gerechtigd zijn het doel na te streven om voor sommige ondernemingen een regeling van overheidseigendom in te voeren of te handhaven.
- 32 In de zaken in de hoofdgedingen volgt uit artikel 93, lid 2, van de Elektriciteitswet 1998, artikel 85, lid 2, van de Gaswet en artikel 1 van het besluit van 2008, waarvan de strekking in punt 17 van het onderhavige arrest is samengevat, dat het privatiseringsverbod, in de zin van de nationale wetgeving die in de hoofdgedingen aan de orde is, in wezen slechts de overdracht van aandelen in distributienetbeheerders aan de overheid of direct of indirect door de overheid gehouden rechtspersonen toestaat, waarbij elke overdracht die ertoe leidt dat de aandelen eigendom van andere personen worden, verboden is.
- 33 Het privatiseringsverbod verzet zich dus ertegen dat aandelen in een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten in particuliere handen komen. Met dit verbod wordt dus beoogd een regeling van overheidseigendom voor deze netbeheerders te handhaven.
- 34 Een dergelijk verbod valt onder artikel 345 VWEU.
- 35 In de onderhavige zaken is voorts duidelijk dat onder genoemd privatiseringsverbod ook het verbod in de artikelen 10b, lid 2, van de Elektriciteitswet 1998 en 2c, lid 2, van de Gaswet valt, krachtens welke de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceren, leveren of daarin handelen, alsmede vennootschappen uit een andere lidstaat die onderdeel zijn van een groep waartoe een dergelijke onderneming behoort, geen aandelen mogen verwerven in een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten.
- 36 Artikel 345 VWEU heeft echter niet tot gevolg dat de in de lidstaten bestaande regelingen van het eigendomsrecht aan de fundamentele regels van het VWEU worden onttrokken, met name niet die inzake het discriminatieverbod, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer (zie in die zin arresten van 6 november 1984, Fearon, 182/83, Jurispr. blz. 3677, punt 7; 1 juni 1999, Konle, C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 38; 23 september 2003, Ospelt en Schlössle Weissenberg, C-452/01, Jurispr. blz. I-9743, punt 24; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, C-171/08, Jurispr. blz. I-6817, punt 64, en 21 december 2011, Commissie/Polen, C-271/09, Jurispr. blz. I-13613, punt 44, en reeds aangehaald arrest Commissie/Griekenland, punt 16).
- 37 Dat het Koninkrijk der Nederlanden in de sector van de op zijn grondgebied actieve beheerders van elektriciteits- of gasdistributienetten heeft voorzien in een regeling van overheidseigendom die onder artikel 345 VWEU valt, kan deze lidstaat er derhalve niet van ontslaan dat zij in deze sector de regels inzake het vrije kapitaalverkeer in acht moet nemen (zie naar analogie arrest Commissie/Polen, reeds aangehaald, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 Het privatiseringsverbod valt daarmee binnen de werkingssfeer van artikel 63 VWEU en moet dus in het licht daarvan worden onderzocht, evenals het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten.
- 39 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat artikel 63, lid 1, VWEU volgens vaste rechtspraak op algemene wijze beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten verbiedt (arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en reeds aangehaald arrest Commissie/Portugal, punt 48).
- 40 Aangezien het Verdrag geen definitie van het begrip „kapitaalverkeer” in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU bevat, heeft het Hof de nomenclatuur van het kapitaalverkeer in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het [EG-]Verdrag (PB L 178, blz. 5) als indicatie genomen. Het Hof heeft geoordeeld dat kapitaalverkeer in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU met name bestaat in de zogenoemde „directe” investeringen, te weten investeringen in de vorm van een deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap

die 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 uitsluitend doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen (zie reeds aangehaalde arresten Commissie/Nederland, punt 19, en Commissie/Portugal, punt 49).

- 41 Ten aanzien van deze twee investeringsvormen heeft het Hof gepreciseerd dat nationale maatregelen die het verwerven van aandelen in de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden in die ondernemingen te investeren, moeten worden aangemerkt als „beperkingen” in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU (zie arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal, C-367/98, Jurispr. blz. I-4731, punten 45 en 46, en Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punt 40; arresten van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punten 61 en 62, en Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punten 47 en 49; arrest van 2 juni 2005, Commissie/Italië, C-174/04, Jurispr. blz. I-4933, punten 30 en 31, en arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 20).
- 42 Uit de rechtspraak van het Hof volgt tevens dat een nationale bepaling waarbij kwantitatieve of kwalitatieve beperkingen worden opgelegd met betrekking tot investeringen in andere lidstaten, een restrictief gevolg heeft voor in andere lidstaten gevestigde vennootschappen voor zover zij hen belemmert in het bijeenbrengen van kapitaal, aangezien de verwerving van met name aandelen wordt beperkt (zie in die zin arrest Commissie/Polen, reeds aangehaald, punten 51 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 In de hoofdgedingen betekent het privatiseringsverbod dat geen enkele particuliere investeerder aandelen of deelnemingen in het kapitaal van een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten mag verwerven.
- 44 Voorts moet ten aanzien van het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten worden opgemerkt dat deze meerdere aspecten hebben. In de eerste plaats vloeit uit het groepsverbod voort dat een vennootschap uit een andere lidstaat die deel uitmaakt van een groep waartoe een onderneming behoort die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, geen aandelen mag verwerven in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe een op dat grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort.
- 45 In de tweede plaats betekent genoemd verbod tevens dat een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort, niet mag investeren in een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die op het Nederlandse grondgebied actief is in de sector van de productie of levering van of handel in elektriciteit of gas, of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe een dergelijke onderneming behoort.
- 46 In de derde plaats kunnen met het verbod op nevenactiviteiten eveneens kwalitatieve beperkingen op investeringen in andere lidstaten worden opgelegd, aangezien dit verbod direct of indirect uitsluit dat vennootschappen van een groep waartoe een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort, investeren in ondernemingen die in andere sectoren dan netbeheer actief zijn.
- 47 Derhalve vormen deze verboden beperkingen van het vrije kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU.
- 48 Bijgevolg moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 345 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat daaronder een regeling houdende een privatiseringsverbod zoals aan de orde in het hoofdgeding valt, die inhoudt dat de aandelen in een op het Nederlandse grondgebied actieve

beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten, direct of indirect door de in de nationale regelgeving omschreven overheidsentiteiten moeten worden gehouden. Deze uitlegging leidt echter niet tot onttrekking aan de toepassing van artikel 63 VWEU van nationale bepalingen, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de privatisering van beheerders van elektriciteits- of gasdistributienetten verbieden of eigendoms- of zeggenschapsverhoudingen tussen vennootschappen van een groep waartoe een dergelijke beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort, enerzijds, en vennootschappen van een groep waartoe een onderneming behoort die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, anderzijds, verbieden alsook verbieden dat een dergelijke beheerder en de groep waartoe hij behoort handelingen of activiteiten verrichten die strijdig kunnen zijn met het beheer van het net in kwestie.

Derde vraag

- 49 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de doelstellingen om kruissubsidiëring in ruime zin tegen te gaan, waaronder de uitwisseling van strategische informatie, transparantie op de elektriciteits- en gasmarkt te bewerken en concurrentievervalsing te voorkomen, zuiver economische belangen zijn, of dwingende vereisten van algemeen belang die een rechtvaardiging voor beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal kunnen vormen.
- 50 Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het vrij verkeer van kapitaal slechts door een nationale regeling kan worden beperkt op voorwaarde dat deze regeling wordt gerechtvaardigd door een van de in artikel 65 VWEU genoemde redenen of door dwingende vereisten van algemeen belang in de zin van de rechtspraak van het Hof (zie arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, C-274/06, punt 35, en reeds aangehaald arrest Commissie/Polen, punt 55).
- 51 Bovendien is het vaste rechtspraak dat redenen van zuiver economische aard geen dwingende vereisten van algemeen belang vormen die een beperking van een door de Verdragen gewaarborgde fundamentele vrijheid kunnen rechtvaardigen (arresten van 16 januari 2003, Commissie/Italië, C-388/01, Jurispr. blz. I-721, punt 22, en 17 maart 2005, Kranemann, C-109/04, Jurispr. blz. I-2421, punt 34).
- 52 Het Hof heeft evenwel aanvaard dat een nationale regeling een gerechtvaardigde beperking van een fundamentele vrijheid kan vormen, wanneer zij is ingegeven door economische belangen die een doelstelling van algemeen belang nastreven (zie in die zin arrest van 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C-141/07, Jurispr. blz. I-6935, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 53 Hoewel ten aanzien van het privatiseringsverbod, dat onder artikel 345 VWEU valt, reeds is geoordeeld dat deze bepaling geen beperking van de regels van het vrije kapitaalverkeer kan rechtvaardigen (zie arrest van 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 64, en arrest Commissie/Polen, reeds aangehaald, punt 44), betekent dit nog niet dat het onderliggende belang dat de wetgever heeft willen dienen met zijn keuze tussen overheids- of particuliere eigendom van de beheerder van het elektriciteits- of gasdistributienet niet in aanmerking kan worden genomen als dwingend vereiste van algemeen belang.
- 54 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de situaties in de hoofdgedingen en die in de zaken die hebben geleid tot genoemde arresten, niet vergelijkbaar zijn. In de hoofdgedingen is immers een absoluut privatiseringsverbod aan de orde, terwijl de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest van 8 juli 2010, Commissie/Portugal, betrekking had op beperkingen als gevolg van voorrechten die de lidstaten verbonden aan hun aandeelhouderschap in een geprivatiseerde onderneming, en de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Commissie/Polen betrekking had op beperkingen ten aanzien van investeringen in buitenlandse open pensioenfondsen, zonder dat deze op enigerlei wijze de regeling van de eigendom van deze fondsen aantastten.

- 55 De onderliggende redenen voor de gekozen regeling van het eigendomsrecht in de onder artikel 345 VWEU vallende nationale wetgeving, zijn dus factoren die in aanmerking kunnen worden genomen als rechtvaardiging voor de beperkingen van het vrije kapitaalverkeer. Derhalve staat het in de hoofdgedingen aan de verwijzende rechter om tot een dergelijk onderzoek over te gaan.
- 56 Wat de overige verboden betreft moet worden vastgesteld dat de doelstellingen om kruissubsidiëring in ruime zin tegen te gaan, waaronder de uitwisseling van strategische informatie, transparantie op de elektriciteits- en gasmarkt te bewerken en concurrentievervalsing te voorkomen, onvervalste mededinging op de markten van de productie en de levering van elektriciteit en gas en de handel daarin op het Nederlandse grondgebied moeten verzekeren, en dat met de doelstelling van het tegengaan van kruissubsidiëring bovendien wordt beoogd te waarborgen dat voldoende in het distributienet voor elektriciteit en gas wordt geïnvesteerd.
- 57 Bijgevolg moet worden nagegaan of de nationale maatregelen die aan de orde zijn in het hoofdgeding, door middel van deze doelstellingen uiteindelijk dwingende doelstellingen van algemeen belang nastreven.
- 58 De doelstelling van onvervalste mededinging op bedoelde markten wordt ook door het VWEU nagestreefd. In de preambule daarvan wordt benadrukt dat eensgezind moet worden opgetreden om onder meer de eerlijkheid in de mededinging te waarborgen, zulks om uiteindelijk de consument te beschermen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is consumentenbescherming een dwingend vereiste van algemeen belang (arresten van 13 september 2007, Commissie/Italië, C-260/04, Jurispr. blz. I-7083, punt 27; 29 november 2007, Commissie/Oostenrijk, C-393/05, Jurispr. blz. I-10195, punt 52, en 18 november 2010, Commissie/Portugal, C-458/08, Jurispr. blz. I-11599, punt 89).
- 59 Vervolgens moet worden opgemerkt dat de doelstelling om voor voldoende investeringen in het distributienet voor elektriciteit en gas te zorgen, er met name toe strekt de zekerheid van de energievoorziening te waarborgen, een doelstelling waarvan het Hof eveneens heeft erkend dat dit een dwingend vereiste van algemeen belang is (arresten van 10 juli 1984, Campus Oil e.a., 72/83, Jurispr. blz. 2727, punten 34 en 35, en 4 juni 2002, Commissie/België, C-503/99, Jurispr. blz. I-4809, punt 46, en reeds aangehaald arrest van 2 juni 2005, Commissie/Italië, punt 40).
- 60 Zoals ten slotte is opgemerkt in de punten 18 en 20 van het onderhavige arrest zijn het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten bij de Won ingevoerd, die op haar beurt onder meer de nationale bepalingen ter omzetting van de richtlijnen van 2003 heeft gewijzigd. Meer bepaald hebben genoemde verboden de bepalingen ter omzetting van artikel 15 van richtlijn 2003/54 en artikel 13 van richtlijn 2003/55 gewijzigd.
- 61 Uit de punten 4 tot en met 8 en 10 van de considerans van richtlijn 2003/54 en de punten 4 en 6 tot en met 10 van de considerans van richtlijn 2003/55 volgt dat deze richtlijnen met name een open en transparante markt, niet-discriminatoire en transparante toegang tot het net van de distributienetbeheerder en eerlijke concurrentie beogen te waarborgen.
- 62 Meer bepaald volgt uit punt 8 van de considerans van richtlijn 2003/54 en punt 10 van de considerans van richtlijn 2003/55 dat de lidstaten maatregelen uitwerken om deze doelstellingen te bereiken. Voorts benadrukken deze punten van de consideransen de wil van de Uniewetgever om de distributienetbeheerders effectieve bevoegdheden te geven om besluiten te nemen met betrekking tot de voor het onderhoud, het beheer en de ontwikkeling van de netwerken benodigde activa.
- 63 Uit punt 23 van de considerans van richtlijn 2003/54 en punt 23 van de considerans van richtlijn 2003/55 blijkt voorts dat het onderhoud en de aanleg van de nodige netwerkinfrastructuur belangrijke elementen voor het waarborgen van een stabiele elektriciteits- en gasvoorziening zijn.

- 64 Hieruit volgt dat, ook indien het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten niet door genoemde richtlijn zijn voorgeschreven, het Koninkrijk der Nederlanden met de invoering van de maatregelen niettemin door de richtlijnen van 2003 beoogde doelstellingen heeft nagestreefd.
- 65 Voor deze vaststelling is steun te vinden in de richtlijnen 2009/72 en 2009/73, die dezelfde doelstellingen nastreven, zoals volgt uit zowel de punten 3, 4, 9 tot en met 12, 15, 25 en 44 van de considerans van richtlijn 2009/72 als de punten 3, 4, 6 tot en met 13, 22 en 40 van de considerans van richtlijn 2009/73. Meer bepaald blijkt uit de punten 4, 9, 11, 15, 25, 26 en 44 van de considerans van richtlijn 2009/72 en de punten 4, 6, 8, 12, 22, 25 en 40 van de considerans van richtlijn 2009/73 de wil van de Uniewetgever om voor niet-discriminatoire toegang tot de elektriciteits- en gasdistributienetten en voor markttransparantie te zorgen, kruissubsidiëring te voorkomen, voor voldoende investeringen in de netwerken te zorgen om een stabiele elektriciteits- en gasvoorziening te waarborgen en de uitwisseling van vertrouwelijke gegevens tussen de netbeheerders en de productie- en leveringsbedrijven te verhinderen.
- 66 Als dwingende vereisten van algemeen belang kunnen de door de verwijzende rechter genoemde doelstellingen dus in beginsel de geconstateerde beperkingen van de fundamentele vrijheden rechtvaardigen.
- 67 De betrokken beperkingen moeten echter wel geschikt zijn om de doelstellingen te bereiken en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de beoogde doelstellingen (arrest van 11 oktober 2007, ELISA, C-451/05, Jurispr. blz. I-8251, punt 82, en reeds aangehaald arrest Commissie/Polen, punt 58). Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.
- 68 Gelet op een en ander moet de derde vraag worden beantwoord als volgt:
- aangaande de regeling van het privatiseringsverbod die in de hoofdgedingen aan de orde is, die valt onder artikel 345 VWEU, kunnen de onderliggende doelstellingen die de wetgever met zijn keuze voor de regeling van het eigendomsrecht nastreeft, in aanmerking worden genomen als dwingende vereisten van algemeen belang om de beperking van het vrije kapitaalverkeer te rechtvaardigen;
 - bij de overige verboden kunnen de doelstellingen om kruissubsidiëring in ruime zin tegen te gaan, waaronder de uitwisseling van strategische informatie, transparantie op de elektriciteits- en gasmarkt te bewerken en concurrentievervalsing te voorkomen, als dwingende vereisten van algemeen belang de beperkingen van het vrije kapitaalverkeer als gevolg van nationale bepalingen als die aan de orde in de hoofdgedingen rechtvaardigen.

Kosten

- 69 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 345 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat daaronder een regeling houdende een privatiseringsverbod zoals aan de orde in het hoofdgeding valt, die inhoudt dat de aandelen in een op het Nederlandse grondgebied actieve beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten, direct of indirect door de in de nationale regelgeving omschreven overheidsentiteiten moeten worden gehouden. Deze uitlegging leidt echter niet tot onttrekking aan de toepassing van artikel 63 VWEU van nationale bepalingen, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, die de privatisering van beheerders van elektriciteits- of**

gasdistributienetten verbieden of verbieden dat er eigendoms- of zeggenschapsverhoudingen zijn tussen vennootschappen van een groep waartoe een beheerder van elektriciteits- of gasdistributienetten behoort, enerzijds, en vennootschappen van een groep waartoe een onderneming behoort die op het Nederlandse grondgebied elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, anderzijds, alsook verbieden dat een dergelijke beheerder en de groep waartoe hij behoort handelingen of activiteiten verrichten die strijdig kunnen zijn met het beheer van het net in kwestie.

- 2) **Aangaande de regeling van het privatiseringsverbod die in de hoofdingen aan de orde is, die valt onder artikel 345 VWEU, kunnen de onderliggende doelstellingen die de wetgever met zijn keuze voor de regeling van het eigendomsrecht nastreeft, in aanmerking worden genomen als dwingende vereisten van algemeen belang om de beperking van het vrije kapitaalverkeer te rechtvaardigen. Bij de overige verboden kunnen de doelstellingen om kruissubsidiëring in ruime zin tegen te gaan, waaronder de uitwisseling van strategische informatie, transparantie op de elektriciteits- en gasmarkt te bewerken en concurrentievervalsing te voorkomen, als dwingende vereisten van algemeen belang de beperkingen van het vrije kapitaalverkeer als gevolg van nationale bepalingen als die aan de orde in de hoofdingen rechtvaardigen.**

ondertekeningen