No.W15.16.0295/IV 's-Gravenhage, 5 december 2016

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 september 2016 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Smaling tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet teneinde het groepsverbod niet voor regionale netbeheerders te laten gelden, met memorie van toelichting.

Het voorstel heft het groepsverbod op voor regionale netbeheerders.[[1]](#footnote-1) Het groepsverbod geldt op dit moment op grond van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: Elektriciteitswet) en de Gaswet voor zowel regionale netwerkbeheerders als voor de landelijke netbeheerder.[[2]](#footnote-2) De initiatiefnemer beoogt met het voorstel een gelijke concurrentiepositie te creëren voor Nederlandse energiebedrijven ten opzichte van buitenlandse energiebedrijven, voor wie het groepsverbod niet geldt.

De Afdeling advisering van de Raad van State wijst erop dat de probleemanalyse nader uitgewerkt dient te worden om de noodzaak van de voorgestelde wijziging te rechtvaardigen. In het bijzonder wordt niet duidelijk waarom opheffing van het verbod noodzakelijk is voor een gelijk speelveld. De wet bevat hiervoor immers al waarborgen als gevolg van implementatie van de richtlijnen van het derde energiepakket. De effectiviteit van het voorstel in het licht van het beoogde doel – een gelijk speelveld op de Nederlandse energiemarkt – wordt onvoldoende aannemelijk gemaakt, nu als gevolg van het voorstel enkel publieke partijen (opnieuw) een groep kunnen vormen met daarin zowel een netwerk als de productie, levering en handel van energie.

1. Achtergrond
2. *Introductie en doel groepsverbod*

De Elektriciteitswet en de Gaswet schrijven een scheiding voor op het niveau van eigendom en aandeelhouderschap tussen energienetbeheerders (hierna: netbeheerders) enerzijds en rechtspersonen of vennootschappen die energie produceren, leveren of verkopen anderzijds. Dit voorschrift (hierna: het groepsverbod) is met de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won) geïntroduceerd en trad in 2008 in werking. Naast het groepsverbod bevatte de Won enkele andere wijzigingen van de Elektriciteitswet en de Gaswet die de onafhankelijkheid van het energienetbeheer beoogden te verzekeren.[[3]](#footnote-3) De Won verplichtte Nederlandse geïntegreerde energiebedrijven uiterlijk op 1 januari 2011 hun activiteiten conform het groepsverbod op te splitsen.[[4]](#footnote-4) Energiebedrijven Nuon en Essent zijn na inwerkingtreding van de Won tot splitsing overgegaan. Op het moment van het uitbrengen van dit advies voldoet het energiebedrijf Delta nog niet aan de eisen die de wet op dit punt stelt; de aandeelhouders van energiebedrijf Eneco hebben recent ingestemd met de splitsing.[[5]](#footnote-5)

De wetgever beoogde met de Won de publieke belangen van een efficiënte, betrouwbare en duurzame energievoorziening tegen zo laag mogelijke maatschappelijke kosten te waarborgen.[[6]](#footnote-6) In de praktijk trof het groepsverbod van de Won alleen niet-landelijke netbeheerders, omdat ten tijde van inwerkingtreding ervan de landelijke netbeheerders feitelijk al niet meer verbonden waren met producenten, leveranciers of handelaren van gas of elektriciteit.[[7]](#footnote-7) Het initiatiefvoorstel wijzigt de Elektriciteitswet en de Gaswet alleen ten aanzien van de niet-landelijke netbeheerders.

1. *Regels van de Europese Unie voor onafhankelijk netbeheer*

De richtlijnen van het derde energiepakket van de Europese Unie (hierna: de richtlijnen) verplichten lidstaten te zorgen voor onafhankelijk netbeheer op de energiemarkt.[[8]](#footnote-8) Het doel van de richtlijnen is de totstandbrenging van een volledig operationele interne markt voor elektriciteit en gas.[[9]](#footnote-9) Daartoe schrijven zij ten minste een effectieve (juridische en functionele) ontvlechting voor van netbeheer ten opzichte van productie, levering en handel van energie. Een volledige ontvlechting van energiebedrijven, op het niveau van eigendom en aandeelhouderschap, is toegestaan op grond van de richtlijnen, mits de ontvlechting niet in strijd is met het primaire Unierecht, in het bijzonder het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.[[10]](#footnote-10)

1. *Ontwikkelingen na inwerkingtreding van de Wet onafhankelijk netbeheer*

Energiebedrijven Essent, Eneco en Delta hebben sinds de inwerkingtreding van Won juridische procedures gevoerd tegen de Nederlandse Staat.[[11]](#footnote-11) In eerste aanleg vroegen zij de Rechtbank Den Haag het groepsverbod onverbindend te verklaren wegens strijd met het recht van de Europese Unie: het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.[[12]](#footnote-12) De Hoge Raad heeft op 26 juni 2015 in cassatie geoordeeld, kort gezegd, dat het groepsverbod geen schending van het Unierecht inhoudt.[[13]](#footnote-13) Voorafgaand aan die uitspraak heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.[[14]](#footnote-14) Het Hof oordeelde ten aanzien van het groepsverbod dat dit weliswaar een beperking van het vrije kapitaalverkeer oplevert, maar dat de doelstellingen die de wetgever daarmee nastreeft, als dwingende vereisten van algemeen belang deze beperking kunnen rechtvaardigen.[[15]](#footnote-15) De Hoge Raad oordeelde dat het groepsverbod gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang en dat het een geschikte en proportionele maatregel is in het licht van de ermee beoogde doelen.[[16]](#footnote-16) Hij woog daarbij mee dat de wetgever serieus alternatieve maatregelen voor het groepsverbod heeft overwogen en dat de overwogen alternatieven terecht als niet of onvoldoende effectief van de hand zijn gewezen. Ook oordeelde de Hoge Raad in dit kader dat de procederende energiebedrijven in de feitelijke instanties geen andere alternatieven hebben aangedragen die geschikt zijn om de door de Staat beoogde doelstellingen te bereiken en die niet of in mindere mate een beperking van het vrije kapitaalverkeer meebrengen.[[17]](#footnote-17)

Naast een beroep op onverbindendheid van het groepsverbod vanwege schending van het Unierecht, beriepen Eneco en Delta zich ook op strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Op 1 november 2016 oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat van schending van dit artikel ten aanzien van Eneco geen sprake is.[[18]](#footnote-18) In een tussenarrest van dezelfde datum achtte het Gerechtshof handhaving van het groepsverbod ten aanzien van Delta *mogelijk* strijdig met artikel 1, Eerste Protocol EVRM, zolang geen adequate voorziening is getroffen om de specifieke lasten voor Delta als gevolg van splitsing van activiteiten te verlichten.[[19]](#footnote-19)

1. Probleemanalyse en noodzaak van het voorstel
2. *Wettelijke waarborgen voor een gelijk speelveld op de energiemarkt*

Voorgesteld wordt het groepsverbod voor regionale energienetbeheerders op te heffen, omdat dit verbod volgens de toelichting “leidt tot oneerlijke concurrentie voor Nederlandse bedrijven ten opzichte van buitenlandse bedrijven die wel over netten in de holding mogen beschikken.”[[20]](#footnote-20)Uitgangspunt van de toelichting is dat het feit dat Nederlandse energiebedrijven wettelijk verplicht zijn zich te splitsen in netbeheer enerzijds en commerciële activiteiten (productie, levering, handel) anderzijds een ongelijk speelveld tot gevolg heeft op zowel de Nederlandse als de Europese energiemarkt. Om die reden is het volgens de initiatiefnemer noodzakelijk het groepsverbod op te heffen voor regionale netbeheerders en zo hun concurrentiepositie ten opzichte van ongesplitste bedrijven te herstellen. De toelichting beargumenteert daarnaast dat het groepsverbod gemist kan worden, omdat de wet al voldoende andere waarborgen bevat, die de door de wetgever met het groepsverbod beoogde doelen zeker stellen.[[21]](#footnote-21)

De Afdeling wijst er op dat de richtlijnen van het derde EU-energiepakket beogen te zorgen voor een gelijk speelveld en een concurrerende energiemarkt. De implementatie van die richtlijnen vormt het relevante wettelijke kader voor onafhankelijk netbeheer. In het bijzonder de Unierechtelijke regels voor onafhankelijk netbeheer strekken er toe tegen te gaan, dat energiebedrijven concurrentievoordeel ondervinden van het hebben van een netwerk binnen een geïntegreerd energiebedrijf.[[22]](#footnote-22) Met de implementatie van de richtlijnen, ongeacht of de wetgever daarbij gekozen heeft voor een groepsverbod, zou de nationale wetgeving al moeten waarborgen dat deze voordelen, voortkomend uit bijvoorbeeld kruissubsidiëring tussen netbeheer en commerciële energieactiviteiten, voorkomen worden.[[23]](#footnote-23) De toelichting gaat hier niet op in.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken hoe bovenstaande zich verhoudt met de stelling van de initiatiefnemer dat opheffing van het groepsverbod juist nodig is om een gelijk speelveld te creëren.

De Afdeling merkt voorts op dat in de memorie van toelichting bij de Won door de regering mogelijke alternatieve maatregelen voor het groepsverbod zijn overwogen om de met het groepsverbod beoogde structurele borging van het onafhankelijke netbeheer te bereiken. De wetgever achtte deze alternatieven echter niet toereikend.[[24]](#footnote-24) De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 26 juni 2015 dat de wetgever bij invoering van het groepsverbod alternatieve maatregelen op terechte gronden van de hand heeft gewezen als niet of onvoldoende effectief om de door de wetgever met het groepsverbod beoogde doelen te bereiken.[[25]](#footnote-25) De toelichting gaat niet in op de vraag hoe het voorstel zich verhoudt tot alternatieve maatregelen die de wetgever overwogen heeft bij de introductie van het groepsverbod.

De Afdeling adviseert daaraan in de toelichting alsnog aandacht te besteden.

1. *Tussenarrest Gerechtshof Amsterdam*

Uit het tussenarrest van het Gerechtshof van 1 november jl. in de zaak van Delta tegen de Nederlandse Staat kan worden afgeleid dat een eventuele ongelijkheid in concurrentiepositie van energiebedrijven niet voortvloeit uit het groepsverbod maar uit de verschillen in positie en samenstelling van de bedrijven zelf.[[26]](#footnote-26) In het geval van Delta speelt het feit dat Delta kerncentrale Borssele in eigendom heeft hierin een rol. Borssele drukt kennelijk, zo onderkent het Gerechtshof, op de financiële prestaties van Delta waardoor zij zich onderscheidt van andere bedrijven. Handhaving van het groepsverbod op zichzelf legt echter naar het oordeel van het Gerechtshof geen onevenredige last op Delta.[[27]](#footnote-27) Delta wijst in deze procedure (net als Eneco) op de nadelige gevolgen van het groepsverbod, die voortvloeien uit het verlies van schaal- en synergievoordelen in geval van afstoting of verkoop van een van haar bedrijfsonderdelen. Hierover oordeelt het Gerechtshof dat “het vervallen van de voordelen van een geïntegreerd bedrijf” niet resulteert in een onevenredig zware last voor Delta (noch voor Eneco).

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de verhouding tussen bovengenoemde uitspraak van het Gerechtshof en de noodzaak van het voorstel.

1. *Tijdig behalen van klimaatdoelstellingen*

De initiatiefnemer besteedt in de toelichting aandacht aan het effect van het groepsverbod op het tijdig behalen van de doelstellingen van het Energieakkoord uit 2013. De toelichting schetst in een korte passage een verband tussen het splitsen van energiebedrijven zoals wettelijk voorgeschreven, de gevolgen daarvan voor de kredietrating van gesplitste energiebedrijven en de transitie naar hernieuwbare energie: “Nederlandse bedrijven kunnen na de splitsing slechts tegen ongunstiger voorwaarden lenen op de kapitaalmarkt. Hiermee worden bedrijven onnodig op achterstand gezet. Een goede kredietrating is van wezenlijk belang bij een gedegen transitie naar hernieuwbare energie. Daarmee komt het ‘tijdig realiseren van de doelstellingen van het Energieakkoord’ binnen bereik.”[[28]](#footnote-28) De Afdeling adviseert nader in te gaan op de effecten van het groepsverbod op de kredietrating van energiebedrijven, mede in het licht van het verbod voor netbeheerders om behulpzaam te zijn bij de financiering van andere activiteiten binnen de groep door het rechtstreeks verstrekken van middelen of het geven van zekerheden aan andere geldgevers.[[29]](#footnote-29) Zij adviseert inzichtelijk te maken hoe en in welke mate het opheffen van het groepsverbod het realiseren van klimaatdoelstellingen ten goede komt.

d. *Conclusie*

Gelet op de conclusies van het hierboven onder a tot en met c opgemerkte adviseert de Afdeling het voorstel te voorzien van een dragende motivering en bij gebrek daaraan het voorstel te heroverwegen.

1. Doeltreffendheid van het voorstel

De initiatiefnemer beoogt de concurrentiepositie van Nederlandse energiebedrijven te verbeteren en een gelijk speelveld op de Nederlandse energiemarkt te creëren door geïntegreerde bedrijven toe te staan. Op Delta en Eneco na zijn alle Nederlandse energiebedrijven echter al gesplitst, conform de sinds 2011 daartoe geldende wettelijke verplichting. Uit de toelichting wordt onvoldoende duidelijk hoe en in hoeverre het opnieuw creëren van een *mogelijkheid* voor het vormen van geïntegreerde energiebedrijven, zal leiden tot het daadwerkelijk weer samengaan in een groep van netbeheerders en de commerciële onderdelen van energiebedrijven. Het privatiseringsverbod voor netbeheerders zoals opgenomen in de Elektriciteitswet en de Gaswet verhindert dat een private partij die energie produceert, levert of daarin handelt, een Nederlandse netbeheerder aankoopt en daarmee een geïntegreerd bedrijf vormt.[[30]](#footnote-30) Het netbeheer moet immers in publieke handen blijven, daar verandert dit voorstel niets aan. De initiatiefnemer wijst in de toelichting op deze wisselwerking tussen het groepsverbod en het privatiseringsverbod, maar verbindt daaraan enkel de conclusie dat “De rechtmatigheid daarvan [het privatiseringsverbod] niet ter discussie staat.”[[31]](#footnote-31) Als gevolg van het voorstel zal het voor publieke partijen wel (opnieuw) mogelijk worden om de commerciële kant van een energiebedrijf te verwerven en daarmee een geïntegreerd bedrijf te vormen. Hoe dit bijdraagt aan een gelijk speelveld op de energiemarkt voor commerciële partijen behoeft nadere toelichting.

De Afdeling adviseert gelet op het bovenstaande in de toelichting aandacht te besteden aan de geschiktheid van het voorstel om het beoogde doel te bereiken en het voorstel zo nodig aan te passen.

1. Bestendige wetgeving

De initiatiefnemer concludeert op zichzelf terecht dat de hierboven besproken uitspraken van de Hoge Raad er niet aan in de weg staan dat de wetgever de huidige wetgeving ten aanzien van het groepsverbod wijzigt.[[32]](#footnote-32) Met het groepsverbod heeft de wetgever in 2008 gekozen voor een voor de energiebedrijven bijzonder ingrijpende maatregel.[[33]](#footnote-33) Nu wordt voorgesteld deze maatregel relatief korte tijd na invoering ervan weer op te heffen. Tegen de achtergrond van het ingrijpende karakter van het verbod komt bijzondere betekenis toe aan het uitgangspunt dat wetgeving bestendig behoort te zijn, zodat partijen hun beslissingen in goed vertrouwen op de geldende wetgeving kunnen baseren.[[34]](#footnote-34) In dit geval heeft het voorstel tot gevolg dat Delta en Eneco niet meer hoeven te voldoen aan het groepsverbod, waardoor zij in zekere zin beloond worden voor het feit dat zij nog niet voldoen aan hun wettelijke verplichting. In het licht van de positie van de energiebedrijven die vertrouwend op de geldende wetgeving wel gesplitst zijn rijst de vraag of voldoende recht gedaan wordt aan beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Als gevolg van het voorstel kan immers een nieuwe ongelijkheid ontstaan tussen (reeds) gesplitste en (nog) ongesplitste energiebedrijven. De toelichting geeft hiervan geen rekenschap.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

1. Groepsverbod blijft in stand voor landelijke netbeheerders

De richtlijnen kennen een onderscheid tussen transmissienetbeheerders en distributienetbeheerders. Voor beide soorten energienetbeheerders gelden vergelijkbare, maar afzonderlijke verplichtingen, onder meer op het punt van de ontvlechting van energiebedrijven. In de Nederlandse wetgeving wordt voor ‘transmissienetbeheerder’ de term landelijke netbeheerder gebruikt. De ‘distributienetbeheerder’ in de richtlijnterminologie wordt in de Elektriciteitswet en de Gaswet de niet-landelijke en in de toelichting bij dit voorstel de regionale netbeheerder genoemd.[[35]](#footnote-35) De initiatiefnemer vindt het onwenselijk dat in Nederland een groepsverbod voor regionale netbeheerders geldt, zolang de EU hiertoe niet verplicht.[[36]](#footnote-36) De toelichting vermeldt: “Voor landelijke netbeheerders blijft het groepsverbod van kracht.” De Afdeling mist een toelichting op de keuze om het groepsverbod alleen op te heffen voor regionale netbeheerders. Ook merkt zij op dat de artikelsgewijze toelichting bij het voorstel artikel 9 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 9 van de Gasrichtlijn noemt, waarbij er kennelijk aan voorbij wordt gegaan dat deze artikelen niet van toepassing zijn op de regionale netbeheerders.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

1. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W15.16.0295/IV

* In de artikelsgewijze toelichting op onderdeel C van artikelen I en II in de zin “In het derde lid, onderdeel a, worden genoemd handelingen of activiteiten die op enigerlei wijze betrekking hebben of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten” na “handelingen of activiteiten die” het woord “niet” invoegen.

1. Het zogenoemde groepsverbod houdt in dat beheerders van een energienet geen deel mogen uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW, als tot die groep ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt (lid 1 van artikel 10b Elektriciteitswet en van artikel 2c Gaswet). Daarnaast mag een netbeheerder geen aandelen houden in een rechtspersoon, of deelnemen in een vennootschap, die in Nederland elektriciteit of gas produceert, levert of daarin handelt, en vice versa. (leden 2 en 3 van artikel 10b Elektriciteitswet en van artikel 2c Gaswet.) [↑](#footnote-ref-1)
2. Memorie van toelichting, paragraaf 1. Op grond van artikel 10 van de Elektriciteitswet is Tennet aangewezen als beheerder van het landelijke (hoogspannings)net. De GasUnie is op grond van artikel 2 van de Gaswet aangewezen als beheerder van het landelijke gastransportnet. Voor een overzicht van de niet-landelijke (regionale) netbeheerders, zie de website van de ACM: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/elektriciteit/regulering-regionale-netbeheerders/overzicht-netbeheerders/> [↑](#footnote-ref-2)
3. Hoofdelementen van de Won waren, naast het groepsverbod: een privatiseringsverbod ten aanzien van netbeheerders (artikel 93 Elektriciteitswet en artikel 85 Gaswet) en een verbod op ‘nevenactiviteiten’ voor netbeheerders (artikel 17 Elektriciteitswet en artikel 10b Gaswet). [↑](#footnote-ref-3)
4. Onder geïntegreerd energiebedrijf wordt verstaan een energiebedrijf of groep energiebedrijven waarbinnen zowel transport van energie plaatsvindt, als de productie of levering van of de handel in energie plaatsvindt. [↑](#footnote-ref-4)
5. De ACM heeft met een dwangsombesluit van 3 december 2015 Delta en Eneco opgedragen te voldoen aan de Wet onafhankelijk netbeheer, in het bijzonder het groepsverbod. De ACM verklaarde op 5 juli 2016 het bezwaar van Delta en Eneco tegen dit besluit ongegrond. <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15979/Besluit-op-bezwaar-handhavingsverzoek-DELTA-Wet-Onafhankelijk-Netbeheer/> en

   <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15980/Besluit-op-bezwaar-handhavingsverzoek-Eneco-Wet-Onafhankelijk-Netbeheer/> [↑](#footnote-ref-5)
6. Memorie van toelichting bij de wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Won), Kamerstukken II 2004/05, 30 212 nr. 3, blz. 3. De wetgever zag in het groepsverbod de ‘beste verzekering die beschikbaar is voor de onafhankelijkheid van netbeheerders ten opzichte van productie, levering en handel en daarmee voor de transparantie van de markt.’ (idem, blz. 2) [↑](#footnote-ref-6)
7. Kamerstukken II 2004/05, 30 212 nr. 3, blz. 10. [↑](#footnote-ref-7)
8. Richtlijn 2009/72/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (PB 2009, L 211/55) en richtlijn 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, (PB 2009, L 211/94) [↑](#footnote-ref-8)
9. Zie overweging 62 bij de Elektriciteitsrichtlijn en overweging 60 bij de Gasrichtlijn. [↑](#footnote-ref-9)
10. De richtlijnen schrijven voor landelijke netbeheerders een eigendomsontvlechting voor maar geven daarnaast de lidstaten een expliciete mogelijkheid om te kiezen voor ‘slechts’ een juridische en functionele ontvlechting, mits aan de richtlijnvoorschriften voor onafhankelijk netbeheer wordt voldaan. Zie hoofdstuk IV en V van de elektriciteitsrichtlijn en hoofdstuk III en IV van de Gasrichtlijn. Voor de niet-landelijke netbeheerders schrijven de richtlijnen geen eigendomsontvlechting voor, wel juridische en functionele ontvlechting. Zie hoofdstuk VI van de Elektriciteitsrichtlijn en hoofdstuk V van de Gasrichtlijn. [↑](#footnote-ref-10)
11. Zie voor een overzicht van de procedures tot en met de prejudiciële uitspraak van het HvJ EU, zie het artikel *Splitsing energiebedrijven Europeesrechtelijk belicht,* Mr. R. de Vlam, in Nederlands Tijdschrift voor Energierecht, januari 2004, nr. 01. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artikelen 63 en 49 VWEU. [↑](#footnote-ref-12)
13. Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727, ECLI:NL:HR:2015:1728 en ECLI:NL:HR:2015:1729 [↑](#footnote-ref-13)
14. Hoge Raad, 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9210, ECLI:NL:HR:2012:BQ9212 en ECLI:NL:HR:2012:BQ9214. [↑](#footnote-ref-14)
15. HvJEU, 22 oktober 2013 in de gevoegde zaken C-105/12 tot en met C-107/12. [↑](#footnote-ref-15)
16. Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1729 r.o. 4.10.2: “Op grond van hetgeen hierboven is overwogen moet geconcludeerd worden dat, ervan uitgaande dat het groepsverbod het vrij verkeer van kapitaal belemmert, deze maatregel gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is voor de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen en niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Van strijd met artikel 63 VWEU is derhalve geen sprake. 4.10.2 Op dezelfde gronden moet geoordeeld worden dat evenmin sprake is van de door Delta gestelde strijd met de art. 49 en 54 VWEU (vrijheid van vestiging).” [↑](#footnote-ref-16)
17. Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1729 r.o. 4.9.3: “Uit het vorenstaande blijkt dat alternatieve maatregelen serieus zijn overwogen. De alternatieven zijn echter, gelet op de hiervoor in 4.4 genoemde dwingende redenen van algemeen belang die de wetgever heeft nagestreefd, terecht op de hiervoor in 4.9.2 genoemde gronden als niet of onvoldoende effectief van de hand gewezen. Door Delta zijn in de feitelijke instanties ook geen andere alternatieven aangedragen die geschikt zijn om de door de Staat beoogde doelstelling te bereiken en die niet of in mindere mate beperkingen van het vrije kapitaalverkeer meebrengen. De conclusie moet dan ook zijn dat het groepsverbod (en het verbod op nevenactiviteiten) niet verder gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. De Staat betoogt terecht en voldoende onderbouwd dat alleen met deze maatregel de door hem beoogde doelstellingen, die dwingende redenen van algemeen belang vormen, gelijktijdig en op het nagestreefde niveau bereikt kunnen worden” [↑](#footnote-ref-17)
18. Gerechtshof Amsterdam, 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285. Het Gerechtshof Amsterdam deed deze uitspraak nadat de Hoge Raad op 26 juni 2015 de zaak van Eneco en Delta met betrekking tot hun beroep op artikel 1 EP EVRM verwees naar het Gerechtshof. [↑](#footnote-ref-18)
19. Gerechtshof Amsterdam, 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, r.o. 3.8.5 e.v [↑](#footnote-ref-19)
20. Memorie van toelichting, paragraaf 1, negende alinea. [↑](#footnote-ref-20)
21. Paragraaf 1, tiende alinea: “De publieke doelen achter het oorspronkelijke groepsverbod van 2006 zijn nog steeds van groot belang, maar deze doelen worden gewaarborgd door andere bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, alsmede in het faillissements- en vennootschapsrecht en het Besluit Financieel Beheer Netbeheerders.” Zie ook paragraaf 2 van de toelichting. Voor de met het groepsverbod beoogde doelen, zie de toelichting bij de Wet onafhankelijk netbeheer, Kamerstukken II 2004/05, blz. 3. [↑](#footnote-ref-21)
22. De door de richtlijnen voorgeschreven ontvlechting tussen netten en productie- en leveringsactiviteiten beoogt immers al het risico van discriminatie op de energiemarkt weg te nemen, zowel bij de exploitatie van netten als wat betreft de stimulansen voor geïntegreerde bedrijven om op toereikende wijze in hun netten te investeren [↑](#footnote-ref-22)
23. Overweging 9 bij de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 31, derde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-23)
24. Kamerstukken II 2004/05, 30 212 nr. 3, blz. 7 e.v. [↑](#footnote-ref-24)
25. Hoge Raad, 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727, ECLI:NL:HR:2015:1728 en ECLI:NL:HR:2015:1729 r.o. 4.9.2 en 4.9.3. In deze rechtsoverwegingen wordt verwezen naar de relevante kamerstukken mbt de overwogen alternatieve maatregelen. [↑](#footnote-ref-25)
26. Gerechtshof Amsterdam, 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, r.o. 3.8.4 e.v.: het Gerechtshof acht hetgeen Delta in de procedure naar voren heeft gebracht “[…] op zichzelf onvoldoende om te concluderen dat het groepsverbod en de daardoor noodzakelijke splitsing van activiteiten een zodanig onevenredig zware last (*disproportionate burden*) op Delta legt dat dit een redelijk evenwicht tussen het algemeen belang en het individuele belang van Delta in relevante mate verstoort. In het geval van Delta speelt echter een rol dat naast de nadelige gevolgen die (min of meer) aan het splitsen van een geïntegreerd bedrijf eigen zijn, sprake is van een specifiek nadeel, doordat zij vanwege de kerncentrale Borssele haar commerciële activiteiten niet aan een willekeurige partij zal kunnen verkopen. Het laat zich aanzien dat Delta hierdoor gedwongen al zijn haar lucratieve netbeheer van de hand te doen en met naar (naar door haar onweersproken is gesteld) verliesgevende commerciële activiteiten achter zal blijven en dat dit mogelijk heit einde van haar bedrijf betekent.” Het Gerechtshof concludeert hieruit dat splitsing van activiteiten “voor Delta een onevenredig zware last [kan] betekenen, gelet op de exploitatie van de kerncentrale in Borssele, zolang geen adequate voorziening is getroffen om die last te verlichten.” [↑](#footnote-ref-26)
27. Gerechtshof Amsterdam, 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286, r.o. 3.8.6 en 3.9. [↑](#footnote-ref-27)
28. Memorie van toelichting, paragraaf 1, laatste alinea. [↑](#footnote-ref-28)
29. Artikel 17, derde lid Elektriciteitswet en artikel 10b, eerste lid Gaswet. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artikel 93 Elektriciteitswet en artikel 85 Gaswet schrijven voor dat de eigendom van een energienet of rechten daarop direct of indirect berusten bij de staat, provincies, gemeenten of een ander openbaar lichaam en dat de aandelen van een netbeheerder direct of indirect berusten bij de staat, provincies, gemeenten of een ander openbaar lichaam. [↑](#footnote-ref-30)
31. Memorie van toelichting, paragraaf 5. [↑](#footnote-ref-31)
32. Memorie van toelichting, paragraaf 5. [↑](#footnote-ref-32)
33. In haar advies de Wet onafhankelijk netbeheer heeft de Afdeling hierop gewezen. Zij maakt opmerkingen over de kosten van de splitsing, gevolgen voor de energiebedrijven en de macro economische effecten van de Won. Kamerstukken II 2004/05, nr. 4, adviesopmerking 2. [↑](#footnote-ref-33)
34. Het belang van bestendige wetgeving als onderdeel van de kwaliteit van wetgeving wordt door de Afdeling advisering onder meer benadrukt in het Jaarverslag van de Raad van State 2013, paragraaf 3.3. De Raad wijst er daar ook op, dat onbestendigheid van wetgeving ten koste kan gaan van de doeltreffendheid ervan. <http://old.findinet.nl/~uploads/newsModule/rvstjvsl2013.pdf> [↑](#footnote-ref-34)
35. De term ‘regionale netbeheerder’ komt als zodanig in de Elektriciteitswet en de Gaswet niet terug. In beide wetten is sprake van het onderscheid tussen een landelijke netbeheerder enerzijds en netbeheerders, niet zijnde de landelijke netbeheerder, anderzijds. Zie bijvoorbeeld artikel 17 van de Elektriciteitswet. Waar in deze wetten de term ‘netbeheerder’ gebruikt wordt, betreft het zowel landelijke als niet-landelijke (regionale) netbeheerders. [↑](#footnote-ref-35)
36. Memorie van toelichting, paragraaf 1, alinea 8. [↑](#footnote-ref-36)