



HYDRO ENERGY/SEP, ZAAKNUMMER 650

Besluit van de D-G NMa d.d. 26 augustus 1999.
Misbruik van economische machtspositie, essentiële
faciliteit, leveringsweigering, discriminatie.
(m.nt. mr drs M.M. Slotboom)

Klacht

Dit besluit betreft een klacht van Norsk Hydro Energy BV namens haar dochter Hydro Agri BV, een fabrikant van kunstmest, (gezamenlijk: HA) bij de D-G NMa tegen NV Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven (Sep). De klacht, die werd ingediend op 27 april 1998, zag op de weigering van Sep om door HA te importeren elektriciteit te transporteren, tenzij HA zou aantonen dat zij niet direct of indirect aan een distributiebedrijf zou leveren. Sep eiste daarom dat HA de identiteit van bedrijven, waaraan zij de elektriciteit zou doorleveren, aan haar kenbaar maakte. Volgens HA vormden deze gedragingen een inbreuk op artikel 24 lid 1 Mw. Daarnaast zou Sep HA gedwongen hebben om in strijd met artikel 6 lid 1 Mw af te spreken niet aan distributiebedrijven door te leveren. HA verzocht de D-G NMa om Sep te gelasten haar een aanbod te doen tot transport van elektriciteit zonder dat HA aan Sep de identiteit en hoedanigheid van haar klanten kenbaar behoefde te maken, zolang het verzoek om transport hoeveelheden van minder dan 71 megawatt (MW) op jaarbasis betrof.

Feiten

Onder de Elektriciteitswet 1989 (E-wet 1989)¹ verzorgde Sep tezamen met EPON, EPZ, EZH en UNA de planning, productie en transport van elektriciteit en waarborg van en controle op een kwalitatief goede elektriciteitsvoorziening binnen Nederland. Sep was beheerder en uitvoerder van het koppelnet, dat op twee netten van respectievelijk 380 kilovolt (kV) en 220 kV het hoofdtransportnet van de Nederlandse elektriciteitsvoorziening vormt. Het koppelnet is op meerdere plaatsen gekoppeld aan buitenlandse hoofdtransportnetten.

Voor de productie van kunstmest beschikt HA over eigen elektriciteitsproductiefaciliteiten met een totale capaciteit van 105 MW op jaarbasis. In 1997 had HA naar eigen zeggen een gemiddelde productie van 71 MW. De eigen vraag naar elektriciteit van HA bedroeg volgens haar eigen opgave 65 MW basislast² op jaarbasis. Omdat haar verouderde elektriciteitsproductiefaciliteiten onvoldoende betrouwbaar waren en HA daardoor niet met voldoende zekerheid in haar eigen behoefte aan elektriciteit kon voorzien, besloot HA elektriciteit in te voeren. HA benaderde Sep op 26 november 1997 met een verzoek om een aanbod te doen voor het transport over het koppelnet van maximaal 60 MW basislast vanaf de Nederlandse grens naar Borssele. Daarvandaan zou een distributiebedrijf de elektriciteit doorleveren naar HA te Sluiskil. Tegelijkertijd zocht HA naar afnemers met een flexibele vraag naar elektriciteit voor de afname van de door HA zelf geproduceerde elektriciteit. Deze flexibiliteit bestaat met name bij distributiebedrijven.

Onderhandelingen tussen HA en Sep tussen november 1997 en april 1998 liepen op niets uit. Sep wilde geen medewerking verlenen aan invoer en transport van elektriciteit, indien daarbij werd gehandeld in strijd met artikel 34 E-wet 1989 (invoermonopolie van Sep ter zake van elektriciteit voor de openbare voorziening van Sep) en 37 E-wet 1989 (verbod elektriciteit, die is ingevoerd door een ander dan Sep, aan een ander door te leveren). Volgens Sep was het duidelijk dat HA in strijd met artikel 37 E-wet 1989 de door haar geïmporteerde elektriciteit zou doorleveren. Sep was slechts bereid tot transport, indien HA zou aantonen dat de geïmporteerde elektriciteit niet zou worden doorgeleverd aan een distributiebedrijf (en dus voor de openbare voorziening), maar bijvoorbeeld aan een bijzondere grootverbruiker. Kennelijk was HA hiertoe niet bereid.

Naar aanleiding van de klacht van HA stelde de NMa

1 Per 1 januari 1999 is de E-wet 1989 gewijzigd. De nieuwe Elektriciteitswet 1998 is per 1 januari 1999, respectievelijk 1 juli 1999 in werking getreden. Sindsdien zijn alle hierna te bespreken wettelijke import- en doorvoerbeperkingen komen te vervallen.

2 Het vermogen dat HA continu nodig heeft.

A n n o t a t i e s

een rapport op ingevolge artikel 59 lid 1 Mw. Nadat partijen hun argumenten naar aanleiding van dit rapport naar voren brachten, stelde de D-G NMa het onderhavige besluit vast.

Beoordeling klacht door D-G NMa

Allereerst beslist de D-G NMa dat de Mw van toepassing is op de gedragingen van Sep. Deze hebben plaatsgevonden na 1 januari 1998: de weigering van Sep om HA een aanbod te doen voor transport, dan wel de voorwaarde die Sep daarbij vooraf heeft gesteld, zijn voor het eerst verwoord in brieven aan HA van 9 januari 1998 en 29 januari 1998.

Vervolgens verwerpt de D-G NMa Sep's argument dat de Mw, als algemene regeling, zou wijken voor artikel 48 E-wet 1989, dat een bijzondere regeling zou bevatten. Op grond van laatstgenoemde bepaling kon de minister van EZ op verzoek van een persoon die elektriciteit wenste in te voeren, Sep verplichten tot het verrichten van transportdiensten onder door hem bepaalde voorwaarden. De D-G NMa meent dat de Mw onverkort van toepassing is, omdat (i) de E-wet 1989 en de Mw verschillende doelstellingen hebben (de eerste beoogt een betrouwbare, doelmatige en maatschappelijk verantwoorde elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten te realiseren, de tweede is gericht op het tegengaan van ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen) en (ii) de E-wet 1989 noch de Mw zelf de toepasselijkheid van artikel 24 Mw op de onderhavige gedragingen van Sep uitzonderen.

Daarna besluit de D-G NMa dat Sep onder de E-wet 1989 een economische machtspositie innam op de markt van interregionaal transport met een actief vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsleidingen met een voltage van ten minste 220 kV binnen Nederland. Sep was de enige in Nederland die via het koppelnet directe verbinding met transportnetten voor elektriciteit in het buitenland met een spanning van meer dan 220 kV onderhield. Binnen Nederland zijn de 110/150 kV netten van de regionale distributiebedrijven technisch minder geschikt voor transport van elektriciteit over grotere afstanden. Bovendien was interregionaal transport door distributiebedrijven zonder toestemming van Sep niet toegestaan.

Om twee redenen concludeert de D-G NMa dat de weigering van Sep om transportdiensten te verrichten voor HA, althans het verrichten van transportdiensten onder de voorwaarde dat HA de identiteit en hoedanigheid van haar afnemers aan Sep kenbaar zou maken, misbruik van haar economische machtspositie oplevert in de zin van artikel 24 lid 1 Mw:

1 Het koppelnet van Sep wordt aangemerkt als een essentiële faciliteit. Sep importeerde zelf elektriciteit uit het buitenland en was tevens eigenaar van de infrastructuur waarop derden door gebrek aan een alternatief noodzakelijkerwijs een beroep moesten doen voor het transport van door hen geïmporteerde elektriciteit. Sep was derhalve, behoudens zwaarwegende objectieve redenen, gehouden om transportdiensten voor derden te verrich-

ten. Van zwaarwegende objectieve redenen was in het onderhavige geval geen sprake. Op grond van artikel 37 E-wet 1989 mocht een zelfopwekker geïmporteerde elektriciteit niet doorleveren aan derden. Een zelfopwekker als HA mocht wel alle zelf opgewekte elektriciteit leveren aan derden. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen levering aan grootgebruikers en distributiebedrijven. Uit de toelichting op artikel 37 E-wet 1989 volgt dat, indien een zelfopwekker niet meer elektriciteit leverde aan derden dan hij zelf opwekte, er geen sprake was van verboden doorlevering van geïmporteerde elektriciteit. Indien een zelfopwekker alle door hem zelf opgewekte elektriciteit doorleverde aan een derde en volledig in zijn eigen behoefte voorzorg door import van elektriciteit, schond de zelfopwekker derhalve artikel 37 E-wet 1989 niet. Een variant hierop, zo geeft de D-G NMa aan, is dat krachtens artikel 37 E-wet 1989 een zelfopwekker niet meer elektriciteit mag importeren dan hij zelf verbruikt. De hoedanigheid en identiteit van de derde waaraan HA zou doorleveren waren irrelevant. De eis van Sep dat HA geen elektriciteit mocht leveren aan distributiebedrijven ging derhalve verder dan het bepaalde in artikel 37 E-wet 1989. Voorzover de eis gericht was op het vooraf uitsluiten van de mogelijkheid van de overtredingen van de E-wet 1989, acht de D-G NMa in beginsel alleen redelijk het opnemen van de contractvoorwaarden dat Sep transportdiensten kon staken, indien daadwerkelijk zou blijken dat de E-wet 1989 werd overtreden.

2 De gedragingen van Sep leveren een met artikel 24 lid 1 Mw strijdige discriminatie op: Sep had eerder wel transportcontracten afgesloten met een andere zelfopwekker/importeur onder de laatstgenoemde voorwaarde. Niet valt in te zien waarom deze voorwaarde niet aan HA kon worden opgelegd.

De D-G NMa legt Sep een boete op van 14 miljoen gulden. Enerzijds meent hij dat sprake is van een zeer zware overtreding van de Mw. Anderzijds noemt hij een aantal redenen om een relatief lichte boete op te leggen. Allereerst is de overtreding van de Mw van korte duur: een brief van Sep van 9 april 1998 vormt de definitieve transportweigering; de overtreding is per 1 oktober 1998 geëindigd, toen Sep het koppelnet overdroeg aan TenneT, een op afstandgezette 100% dochteronderneming van Sep, en het voor Sep dus feitelijk onmogelijk werd om de door HA gevraagde dienst te leveren. Bovendien acht de D-G NMa het niet aannemelijk dat HA rechtstreekse schade heeft geleden door de transportweigering. Tenslotte zijn er geen vergelijkbare klachten tegen Sep geweest.

De klacht wordt afwezen voorzover zij schending van artikel 6 lid 1 Mw betrof: de gedragingen van Sep, die voorwerp waren van deze klacht, zijn reeds getoetst in het kader van artikel 24 Mw. Het verzoek om een last onder dwangsom wordt eveneens afgewezen: de oplegging daarvan is niet zinvol, want het koppelnet is inmiddels onder-

A n n o t a t i e s

gebracht bij TenneT. Een mondelinge aanvraag op grond van artikel 25 Mw om een ontheffing van het verbod van artikel 24 Mw neemt de D-G NMa niet in behandeling, omdat zulk een aanvraag overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:1 lid 3 jo. artikel 4:1 Awb schriftelijk dient te worden ingediend. Tijdens de hoorzitting (toen het mondelinge verzoek door Sep werd gedaan) is Sep door de D-G NMa hierop gewezen.

Opmerkingen

Bijna 20 maanden na de inwerkingtreding van de Mw heeft de D-G NMa het eerste besluit vastgesteld waarin een boete wordt opgelegd wegens overtreding van de normatieve bepalingen van de Mw.³ Hierna volgen enkele opmerkingen over het besluit.

Duur van de procedure

HA diende haar klacht in op 27 april 1998. De afdeling OTO van de NMa is vervolgens voortvarend te werk gegaan: het rapport ingevolge artikel 59 lid 1 Mw werd reeds 5½ maand later opgesteld, op 8 oktober 1998, althans 12 oktober 1998 (vergelijk paragraaf 11 met paragraaf 32 van het besluit). Vervolgens duurde het 10½ maand tot de vaststelling van het besluit.

De afdeling BBB, die ingevolge artikel 3 lid 2 Mw de procedure na het opstellen van het rapport overnam, had dus in vergelijking met OTO bijna een dubbele termijn nodig om de zaak af te ronden. Dit is enigszins verbazingwekkend: men zou verwachten dat de onderzoeksprocedure van OTO tijdrovender zou zijn dan de 'double check' die BBB uitvoert naar aanleiding van het rapport. Nu in de onderhavige periode de werkpiek niet bij BBB maar juist bij OTO lag (vanwege de behandeling van alle verzoeken om overgangsontheffingen) en de verdeling in de aankomende tijd naar verwachting precies andersom komt te liggen (vanwege een groeiend aantal bezwaarprocedures naar aanleiding van afgewezen ontheffingen) moet gevreesd worden dat de behandeling van klachten na vaststelling van het rapport in de nabije toekomst alleen maar langzamer zal verlopen. Dit zou ten koste gaan van een krachtdadige handhaving van de Mw.

Het eerste boetebesluit

Waarom moest dit besluit het eerste 'echte' boetebesluit van de NMa zijn? Er zijn verschillende redenen waarom het besluit *niet* het eerste boetebesluit had moeten zijn.

Allereerst werd reeds gedurende de onderzoeksprocedure het koppelnet niet langer beheerd door Sep.⁴ De wettelijke import- en doorleververboden die aanleiding gaven tot de boete gedragingen van Sep zijn bovendien inmiddels ook vervallen. Recidive door Sep is uitgesloten.

Daarnaast is de voorbeeldfunctie van dit besluit voor andere exploitanten van een essentiële infrastructuur beperkt. Het is immers niet nieuw dat de exploitant van een essentiële infrastructuur behoudens zwaarwegende objectieve redenen levering van zijn diensten niet mag weig-

ren. Dat hij niet mag discrimineren is evenmin nieuw.

Ook was de onderhavige zaak kennelijk voor HA zelf niet urgent: HA heeft twee alternatieve procedures, die wellicht op korte termijn tot het door haar gewenste resultaat (invoer) hadden kunnen leiden, niet gevolgd. HA had ingevolge artikel 48 E-wet 1989 de minister van EZ kunnen verzoeken de inhoud van een transportaanbod vast te stellen. Daarnaast lijkt het feitencomplex in de onderhavige zaak eenvoudig genoeg voor een civiele kortgedingprocedure. Volgens paragraaf 47 van het besluit zou HA deze twee procedures niet hebben willen volgen, omdat zij ernaar streefde om met Sep tot een minnelijke schikking te komen. Onduidelijk blijft echter waarom HA *na* het uitblijven van een dergelijke schikking wel een klacht indiende bij de NMa (die geen wettelijke termijnen in acht te nemen heeft), maar zij geen verzoek richtte tot de minister van EZ (die ingevolge artikel 48 lid 4 E-wet 1989 binnen drie maanden op dat verzoek zou hebben moeten beslissen) en zij ook geen procedure bij de kortgedingrechter instelde (die ten hoogste binnen enkele weken tot een uitspraak zou hebben kunnen komen). Het resultaat van de klacht van HA is dat Sep weliswaar uiteindelijk beboet is, maar transport door Sep heeft HA door het besluit niet gekregen.

Dit zijn geen redenen om maar niet tot een boetebesluit te komen. Maar het besluit wekt de indruk dat er geen urgentere of belangrijkere zaken bij de NMa aanhangig zijn. Voorzover mij bekend is deze indruk onjuist. Met name in de energiemarkten en andere markten waar in het verleden geen of weinig mededinging bestond, maar waar de wetgever daadwerkelijke mededinging mogelijk heeft gemaakt, is het cruciaal dat de NMa *nu* voorkomt dat voormalige monopolisten door machtsmisbruik juist in de geliberaliseerde omgeving hun positie trachten te consolideren. Een besluit ten aanzien van een achterhaalde feitenconstellatie is daarvoor veel minder cruciaal.

Samenloop E-wet 1989 en E-wet 1998 met Mw

Op de vaststelling van de D-G NMa dat de Mw onverkort van toepassing is op de onderhavige gedragingen van Sep valt weinig af te dingen. Het feit dat bepaalde sectoren ook onderworpen zijn aan andere regulerende wetgeving dan de Mw (zoals de E-wet 1989) doet immers in de afwezigheid van specifieke wettelijke uitzonderingsbepalingen

3 Eerder beboette de D-G NMa reeds Audax wegens schending van de medewerkingplicht (besluit van 24-3-1999 in de zaak 802/Edipress vs. Audax). Vergelijkbare andere boetebesluiten zijn nog niet openbaar gemaakt. Half september verschenen bovendien in de pers berichten dat de D-G NMa een boete wegens schending van artikel 6 lid 1 Mw heeft opgelegd aan notarissen in Breda.

4 Reeds op het moment dat het rapport werd vastgesteld op 8 of 12 oktober 1999, was het koppelnet reeds ondergebracht bij TenneT, de op afstand gezette, maar wel volle dochter van Sep (zie voetnoot 24 bij het besluit). Het is de bedoeling dat op termijn de staat 51% van de aandelen van TenneT zal houden. Het is overigens de vraag of tot dat moment door Sep en TenneT mededingingsrechtelijk gezien als afzonderlijke ondernemingen moeten worden beschouwd, ondanks het op afstand zetten van TenneT ingevolge artikel 11 E-wet 1998.

A n n o t a t i e s

niet af aan de toepasselijkheid van de Mw. Meer in het bijzonder doet daaraan niet af dat dergelijke wetgeving voorziet in een andere toezichthouder dan de D-G NMa (in het onderhavige geval de minister van EZ krachtens artikel 48 E-wet 1989). Dat is voor de elektriciteitssector niet anders dan voor bijvoorbeeld de telecommunicatiesector.

In de nieuwe E-wet 1998 is de samenloop tussen deze wet en de Mw op verschillende plaatsen tot uitdrukking gebracht. De DTe, waaraan krachtens de E-wet 1998 verschillende toezichthoudende functies zijn toegekend, maakt als kamer deel uit van de NMa (artikel 5 lid 1 E-wet 1998). Vóórdat de Minister van EZ aanwijzingen geeft met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheden door de directeur van de DTe, overlegt de minister met de D-G NMa (artikel 6 lid 2 E-wet 1998). De D-G NMa mag ook dergelijke aanwijzingen geven, voorzover hij door middel van de aanwijzingen interpretaties geeft van bepalingen van de Mw (artikel 8 E-wet 1998). Krachtens artikel 34 E-wet 1998 worden, onder andere, geschillen over toegang tot netwerken (zoals de onderhavige tussen Sep en HA) op grondslag van de Mw beslecht door de D-G NMa.

Toepassing van artikel 24 lid 1 Mw

Het onderhavige besluit is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt niet bijzonder: het staat vast dat een exploitant van een essentiële infrastructuur, zoals Sep, een economische machtspositie heeft, en dat deze machtspositie wordt misbruikt, indien de exploitant zonder zwaarwegende objectieve redenen toegang tot die infrastructuur weigert of toegangzoekende partijen discriminatoir behandelt. In het onderhavige geval bestond voor de transportweigering door Sep naar de mening van de D-G NMa geen zwaarwegende objectieve reden, nu de interpretatie die Sep gaf aan artikel 37 E-wet 1989⁵ ter zake van invoer van elektriciteit door een onderneming die zelf elektriciteit verwekt, klaarblijkelijk onjuist was in het licht van de toelichting bij artikel 37 E-wet 1989.

Men kan zich wel afvragen in hoeverre de D-G NMa misbruik van machtspositie uitsluitend mag afleiden uit een toelichting bij een wetbepaling. Meer in het algemeen rijst de vraag hoever de D-G NMa mag gaan in het interpreteren van formele wetgeving (anders dan de Mw⁶) om te oordelen of sprake is van een schending van de Mw. Indien bijvoorbeeld in het onderhavige geval niet of minder duidelijk uit de (toelichting op de) E-wet 1989 zou zijn gevolgd dat HA een hoeveelheid geïmporteerde elektriciteit mocht doorleveren aan distributiebedrijven, die niet meer bedraagt dan de door HA zelf opgewekte hoeveelheid elektriciteit, hoever gaat dan de bevoegdheid van de D-G NMa om artikel 37 E-wet 1989 te interpreteren teneinde vast te stellen of de gedragingen van Sep misbruik inhielden?

Ten slotte bevat het besluit twee feitelijke onduidelijkheden die wel relevant zijn voor de vraag of en in hoeverre Sep misbruik maakte van een machtspositie. De D-G NMa leidt uit de toelichting bij artikel 37 E-wet 1989 af dat een zelfopwekker niet meer stroom mag importeren dan hij zelf verbruikt. Naar eigen zeggen verbruikte HA zelf 65 MW (zie

paragrafen 20 en 49 van het bestreden besluit). Uit het besluit wordt niet duidelijk of de D-G NMa deze hoeveelheid door HA zelf verbruikte elektriciteit als een vaststaand feit beschouwt. Bovendien rijst de vraag hoeveel elektriciteit HA nu daadwerkelijk wilde importeren. Het bestreden besluit stelt deze vraag niet expliciet aan de orde, maar wel duidelijk is dat HA uiteindelijk maximaal 71 MW wilde importeren.⁷ Dat de D-G NMa niet op deze twee feitelijke vragen ingaat is toch wel verbazingwekkend. Indien HA daadwerkelijk 65 MW verbruikte en zij meer dan 65 MW wenste in te voeren, zou HA immers in strijd hebben gehandeld met artikel 37 E-wet 1989.⁸ Uit paragraaf 112 van het besluit lijkt te volgen dat Sep in dat geval naar de mening van de D-G NMa weliswaar een transportcontract met HA zou hebben moeten sluiten, maar dat zij vervolgens wel het transport onmiddellijk zou hebben mogen staken.

De hoogte van de boete

Hoe de NMa de boete van 14 miljoen gulden heeft vastgesteld, blijft een raadsel. Weliswaar noemt de D-G NMa een aantal redenen om geen maximale boete van 10% van de jaaromzet op te leggen (dit zou een bedrag van een boete van ongeveer 700 miljoen gulden hebben opgeleverd), maar zij geeft op geen enkele wijze aan welke reden welke invloed heeft gehad op de hoogte van de boete.

De D-G NMa verwijst voor de bepaling van de hoogte van de boete die aan Sep wordt opgelegd wel in paragraaf 133 van het besluit naar de richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboeten. Zij past echter niet de uitgangspunten van deze richtsnoeren toe. Sterker nog, zij wijkt daarvan af door de korte duur van de overtreding als verzachtende omstandigheid te noemen, terwijl in de richtsnoeren van de Commissie uitsluitend een langere duur als verzwarende omstandigheid kan dienen. Juist de kritiek op de onduidelijke manier van handelen van de Europese Commissie bij de vaststelling van boeten, heeft ertoe geleid dat de Commissie thans zeer nauwkeurig aangeeft welke omstandigheid leidt tot een bepaalde percentuele verhoging of verlaging van de boete. Het valt te betreuen dat de D-G NMa deze handelwijze van de Europese Commissie niet overneemt. Bij een boete van 14 miljoen gulden, die weliswaar gerelateerd aan de omzet van Sep gering is, maar absoluut gezien toch aanzienlijk is, zou men een concrete onderbouwing van de vaststelling van het boetebedrag verwachten.

5 In de zaak C-157/94 Commissie vs. Nederland, Jur. 1997, p. I-5699

kwam de onverenigbaarheid van artikel 37 E-wet 1989 met het communautaire recht aan de orde, maar het Hof van Justitie van de EG heeft zich daarover niet uitgesproken (zie Slot, 35 CMLR 1998, p. 1183-1203).

6 En wellicht anders dan de E-wet 1998 vanwege het bepaalde in artikel 34 E-wet 1998.

7 Zie paragraaf 4 van het besluit. In het besluit worden verschillende andere (maximale) in te voeren hoeveelheden genoemd: 60 MW (zie paragrafen 22 en 28 en voetnoot 8 van het besluit), 35 MW (paragraaf 23 van het besluit) en 105 MW (volgens Sep, paragraaf 37 van het besluit).

8 Uit paragraaf 37 van het besluit lijkt te volgen dat Sep transport weigerde niet alleen omdat een van de afnemers van HA een distributiebedrijf was maar ook vanwege de door HA in te voeren *hoeveelheid* elektriciteit.