

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 van de Mededingingswet.

Zaaknummer 771/Protocol

I Inleiding

1. Op 31 maart 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna NMa) een aanvraag om ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna Mw) ontvangen voor een overeenkomst tussen de elektriciteitsproductiesector en de elektriciteitsdistributiesector, welke wordt aangeduid als het Protocol.

II Betrokken partijen

2. Partijen bij de aangemelde overeenkomst zijn de N.V. Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (hierna SEP), N.V. Energieproductiebedrijf UNA (hierna UNA), N.V. Elektriciteitsbedrijf Zuid-Holland (hierna EZH), N.V. Elektriciteits-Productiemaatschappij Zuid-Nederland (hierna EPZ) en N.V. Elektriciteits-productiemaatschappij Oost-Noord-Nederland (hierna EPON), gezamenlijk te noemen de productiesector en de Vereniging van Energiedistributiebedrijven in Nederland (EnergieNed) en 23 distributiebedrijven^[1], gezamenlijk te noemen de distributiesector.

III De aangemelde overeenkomst

3. De aanvraag heeft betrekking op de door de distributiebedrijven, SEP en de productiebedrijven op 21 januari 1997 gesloten Protocol-overeenkomst (hierna Protocol). Dit behelst een set van afspraken over kosten, prijzen en tarieven voor de levering en afname van elektriciteit voor de jaren 1997 tot en met 2000. Zo wordt de prijs bepaald waartegen de distributiesector bij de productiesector elektriciteit kan afnemen, wordt bepaald dat per jaar overeenkomsten worden aangegaan voor in beginsel vaste hoeveelheden en wordt bepaald dat distributeurs in totaal per jaar een vast bedrag dienen te betalen. Het Protocol bepaalt verder dat producenten geen nieuwe leveringsrelaties met derden in Nederland zullen aangaan.

IV Verloop van de procedure

4. Op 31 maart 1998 is de ontheffingsaanvraag ingediend. Op 5 juni 1998 heeft de NMa om aanvullende informatie verzocht, welke op 10 juni 1998 door partijen verstrekt is.

5. Op 2 september 1998 heeft de NMa bij brief een aantal vragen aan partijen voorgelegd, welke bij brieven van 21 en 28 oktober 1998 beantwoord zijn.

6. Bij brief van 9 december 1998 heeft de NMa de behandeling van de ontheffingsaanvraag opgeschort. Aanleiding hiervoor was het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998, dat op 26 november 1998 bij de Tweede Kamer was ingediend. In dit wetsvoorstel was een artikel opgenomen op grond waarvan het Protocol tot 1 januari 2001 in stand zou moeten blijven.

7. In Staatscourant nummer 117 van 23 juni 1999 is mededeling gedaan van de ontheffingsaanvraag. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. De aanvraag en de daarop betrekking hebbende stukken hebben van 24 juni 1999 tot en met 22 juli 1999 ter inzage gelegen ten kantore van de NMa.

8. Een aantal belanghebbenden is het dossier komen inzien. Door enkele derden is een reactie ingediend.

V Argumenten van partijen

9. Partijen hebben aangevoerd dat het Protocol niet leidt tot een merkbare beperking van de mededinging. Zo daarvan al wel sprake zou zijn, dan stellen partijen zich op het standpunt dat het Protocol ingevolge artikel 11, althans artikel 16 Mw aan het verbod van artikel 6 Mw is onttrokken.

10. Ter ondersteuning van bovenstaande informatie hebben partijen gewezen op artikel 2 van de Elektriciteitswet 1989. Dit was de geldende elektriciteitswet ten tijde van het indienen van de aanvraag. In artikel 2 van de Elektriciteitswet 1989 staat dat SEP en de vier elektriciteitsproductiebedrijven zorg moeten dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke, openbare elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten en op maatschappelijk verantwoorde wijze. Volgens aanvragers is het Protocol noodzakelijk om dit mogelijk te maken.

11. Volgens aanvragers stond onder het regime van de Elektriciteitswet 1989 de distributiesector in voor de kosten van de centrale productiecapaciteit. Ten tijde van het dan geldende systeem zijn door SEP en de vier productiebedrijven, vanwege milieuoverwegingen, brandstoffenbeleid en de zeer hoge eisen ten aanzien van leveringszekerheid evenwel verplichtingen aangegaan die op basis van bedrijfseconomische afwegingen niet zouden zijn gedaan of aangegaan. Door het Protocol wordt voorkomen dat het aan deze niet-marktconforme kosten verbonden risico ineens verschuift van de distributiesector naar de productiesector.

12. Verder wijzen aanvragers erop dat de tariefsystematiek van het Protocol is goedgekeurd door de Minister van Economische Zaken.

13. Voor het geval de NMa zou menen dat de aangemelde overeenkomst toch onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw zou vallen, zijn door partijen argumenten aangevoerd ter ondersteuning van hun opvatting dat het Protocol voor een individuele ontheffing in aanmerking zou moeten komen, aangezien aan de vier voorwaarden voor een ontheffing voldaan zou zijn. Deze argumenten worden hier niet samengevat, omdat uit het onderstaande zal blijken dat een beoordeling in het kader van artikel 17 Mw niet aan de orde is.

VI Beoordeling

14. Na de indiening van de ontheffingsaanvraag is de wetgeving op het gebied van elektriciteit aanzienlijk gewijzigd. De Elektriciteitswet 1989 werd vervangen door een nieuwe elektriciteitswet, de Elektriciteitswet 1998^[2]. Een groot gedeelte van de Elektriciteitswet 1998 is per 1 augustus 1998 van kracht geworden^[3].

15. Van belang voor de beoordeling van de onderhavige ontheffingsaanvraag is dat de Elektriciteitswet 1998 inmiddels weer gewijzigd is^[4]. Meer specifiek is het vernieuwde artikel 76 Elektriciteitswet 1998 van belang^[5].

16. Het nieuwe artikel 76, tweede lid luidt: “De door distributiebedrijven, de aangewezen vennootschap en de productiebedrijven op 21 januari 1997 gesloten Protocol-overeenkomst inzake de levering van vermogen en elektriciteit gedurende de periode tot 1 januari 2001 blijft in stand en daaraan wordt door de genoemde partijen uitvoering gegeven.”

17. Het nieuwe artikel 76, derde lid luidt: “Op gezamenlijk verzoek van distributiebedrijven, de aangewezen vennootschap en de productiebedrijven kan Onze Minister instemming verlenen aan een wijziging van de in het tweede lid bedoelde Protocol-overeenkomst.

18. Uit de parlementaire stukken bij de totstandkoming van genoemde wijziging van de Elektriciteitswet 1998 blijkt duidelijk dat het Protocol naar het oordeel van de Minister een wettelijke basis moet krijgen en voorlopig in stand moet blijven, en dat wijzigingen niet zonder instemming van de Minister kunnen plaatsvinden. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 blijkt dat dit naar het oordeel van de Minister nodig is voor een ordelijke overgang van het oude systeem naar de nieuwe marktstructuur waarbij de productiebedrijven elkaars concurrenten worden. Liberalisering en mededinging in de elektriciteitsvoorziening, zoals voorzien in de Elektriciteitswet 1998, wordt met andere woorden bewust geleidelijk gerealiseerd. In de artikelsgewijze toelichting wordt het als volgt samengevat: “Daarmee wordt gedurende de jaren van overgang naar de nieuwe marktstructuur de stabiliteit en zekerheid geboden die zowel vanuit het oogpunt van voorzieningszekerheid als vanuit het belang van een adequate verdeling van niet-marktconforme kosten van de sector gewenst is”^[6].

Toepasselijkheid artikel 16 Mw

19. Artikel 16 Mw luidt: “Artikel 6, eerste lid, geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in dat artikel die ingevolge het bepaalde bij of krachtens enige andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen”.

20. Hoewel het Protocol oorspronkelijk niet op basis van een wettelijke verplichting tot stand is gekomen, heeft het thans wel een specifieke wettelijke basis gekregen. Op basis van artikel 76, tweede lid, van de gewijzigde Elektriciteitswet 1998 moet het Protocol blijven voortbestaan tot 1 januari 2001. Uit de parlementaire stukken waarnaar in overweging 18 van dit besluit verwezen is, blijkt dat impliciet de afbakening met de Mededingingswet gemaakt is, waarnaar verwezen wordt in de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet^[7]. Het wettelijk opleggen dat een overeenkomst in stand dient te blijven en dat de partijen aan de betreffende overeenkomst uitvoering moeten geven is in dit geval zozeer gelijk te stellen met het in artikel 16 Mw genoemde geval van het totstandkomen op basis van een wettelijke verplichting, dat een dergelijke situatie onder artikel 16 Mw valt.

21. Verder schrijft artikel 76, derde lid, van de gewijzigde Elektriciteitswet 1998 voor, dat voor een wijziging van het Protocol de instemming van de Minister van Economische vereist is. In feite komt dit erop neer dat wijziging

van de overeenkomst op grond van de gewijzigde Elektriciteitswet 1998 onderworpen is aan goedkeuring van de Minister van Economische Zaken. Ook om die reden kan geconcludeerd worden dat het Protocol onder artikel 16 Mw valt.

22. De in artikel 16 Mw opgenomen vrijstelling van het verbod van artikel 6 Mw is opgenomen om collisie van bevoegdheden van verschillende bestuursorganen vanuit een verschillende invalshoek te voorkomen. Duidelijk is het Protocol ten behoeve van een andere beleidsdoelstelling dan die van het mededingingsrecht wettelijk in stand dient te blijven tot 1 januari 2001 en dat de Minister van Economische Zaken een bevoegdheid heeft in het kader van eventuele wijzigingen van het Protocol.

23. Op basis van het bovenstaande moet geconcludeerd worden dat de aangemelde overeenkomst valt binnen het toepassingsbereik van de vrijstelling van artikel 16 Mw. Gevolg is dat de overeenkomst niet onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw valt.

VII Besluit

24. Omdat de aangemelde overeenkomst onder de vrijstelling van artikel 16 Mw valt, is artikel 6, eerste lid, Mw niet van toepassing op onderhavige overeenkomst. Een ontheffing op grond van artikel 17 Mw is derhalve niet nodig. De aanvraag om ontheffing voor het Protocol van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wordt daarom afgewezen.

Datum: 31 augustus 1999

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

[Besluit inzake bezwaar d.d. 22-08-2000](#)

[1] Cogas N.V., NUON N.V., ENW N.V., Energie Delfland N.V., N.V. Nutsbedrijf Regio Eindhoven, Energiebedrijf Midden-Holland N.V., N.V. Energiebedrijf Zuid-Kennemerland, N.V. Nutsbedrijf Heerlen, N.V. PNEM, N.V. REGEV, N.V. Rendo, N.V. Frigem, N.V. Energie- en Watervoorziening Rijnland, N.V. Mega Limburg, N.V. Nutsbedrijven Maastricht, N.V. Delta Nutsbedrijven, Nutsbedrijf Westland N.V., N.V. Eneco, N.V. Energiebedrijf Rijswijk/Leidschendam, N.V. Openbaar Nutsbedrijf Schiedam, N.V. Remu, Nutsbedrijven Weert, N.V. Edon.

[2] Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit

(Elektriciteitswet 1998), Staatsblad 1998, nr. 427.

[3] Besluit van 2 juli 1998, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van een aantal artikelen van de Elektriciteitswet 1998, Staatsblad 1998, nr. 428.

[4] Wet van 3 juni 1999, tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van het stellen van nadere regels ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers, Staatsblad 1999, nr. 260.

[5] Dit artikel is sinds 1 juli 1999 in werking getreden. Besluit van 22 juni 1999, Staatsblad 1999, nr. 261.

[6] Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van het stellen van nadere regels ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers, Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 303, nr. 3, blz. 13, en de artikelsgewijze toelichting op de artikelen 76 en 77, blz. 34 en 35. Zie ook Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 303, nr. 225c, blz. 8.

[7] Idem noot 11: "Ingeval in de toekomst wetgeving wordt overwogen die een dergelijke verplichting of formeel toezicht inhoudt, zal tevoren de afbakening met de mededingingswet onder ogen moeten worden gezien.....".