

BESLUIT

Zaaknummer 650 / Hydro Energy vs Sep

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring respectievelijk niet-ontvankelijkverklaring van de bezwaren gericht tegen zijn besluit van 26 augustus 1999, kenmerk 650/52.

1. Op 5 oktober 1999 heeft de N.V. Samenwerkende electriciteits-productiebedrijven bezwaar gemaakt tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) van 26 augustus 1999, kenmerk 650/52.
2. Op 14 oktober 1999 heeft Norsk Hydro Energy B.V. eveneens bezwaar gemaakt tegen het voornoemde besluit.
3. Na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld hebben partijen op 3 december 1999 respectievelijk 6 december 1999 de gronden van hun bezwaren aangevuld.
4. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, van de Mededingingswet heeft de d-g NMa de bezwaren die zijn ingediend tegen voornoemd besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Commissie).
5. Op 24 januari 2000 zijn partijen en de d-g NMa naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Commissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken. De gemaakte opmerkingen zijn bij het verslag gevoegd.
6. Op 6 maart 2000 heeft de Commissie haar advies vastgesteld en bij brief van dezelfde datum aan de d-g NMa uitgebracht.
7. Na zich ervan te hebben vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de d-g NMa besloten conform het advies te beslissen.
8. Gelet op vorenstaande en het bepaalde in artikel 3:49 van de Algemene wet bestuursrecht kan de d-g NMa volstaan om ter motivering van de beslissing op de bezwaarschriften te verwijzen naar het met het oog daarop uitgebracht advies. Het advies is aan dit besluit gehecht en maakt integraal deel ervan uit.

BESLUIT

9. De d-g NMa verklaart het bezwaar van de N.V. Samenwerkende electriciteits-productiebedrijven (Sep) tegen zijn besluit van 26 augustus 1999, kenmerk 650/52, ongegrond.
10. De d-g NMa verklaart het bezwaar van Norsk Hydro Energy B.V. tegen zijn besluit van 26 augustus 1999, kenmerk 650/52, niet-ontvankelijk.

Datum: 27 maart 2000

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 bekendmaking een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam.

[Besluit inzake boete d.d. 26 augustus 1999](#)

Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

Advies in zaak 650, Hydro vs SEP

Leden subcommissie voor zaak 650 van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet:

mr. B.J. Drijber, mr. A. Geurtsen, prof.mr. E.H. Hondius (voorzitter) en prof.dr. J.A.H. Maks.

Secretarissen van de subcommissie: mr. J.W. van de Gronden en mw. mr. J. Luijendijk.

1 Inleiding

1. Op 26 augustus 1999 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) bij zijn besluit in de zaak 650 aan de N.V. Samenwerkende elektriciteits-productiebedrijven (hierna: Sep) met toepassing van artikel 62, eerste lid Mededingingswet (hierna: Mw) een boete opgelegd naar aanleiding van een klacht van Norsk Hydro Energy te Brussel die dit bedrijf mede namens zijn Nederlandse dochteronderneming Hydro Agri B.V. (hierna beiden aangeduid met Norsk Hydro) had ingediend. De boete is opgelegd ter zake van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw. De hoogte van de boete is vastgesteld op 14 miljoen gulden.

2. De d-g NMa heeft de klacht van Norsk Hydro die betrekking had op de overtreding van artikel 6 Mw afgewezen. Tevens heeft de d-g NMa het verzoek van Norsk Hydro afgewezen om met toepassing van artikel 62, eerste lid, Mw, aan de Sep een last onder dwangsom op te leggen.

3. Op 5 oktober 1999 heeft Sep bezwaar gemaakt tegen het besluit van 26 augustus van de d-g NMa in zaak 650. Op 14 oktober 1999 heeft Norsk Hydro bezwaar zonder vermelding van de gronden gemaakt tegen dit besluit. Bij beide bezwaren ontbrak de motivering.

4. Na van de d-g NMa uitstel te hebben verkregen voor de aanvulling van de gronden heeft Norsk Hydro op 3 december 1999 de gronden van zijn bezwaar aangevuld. Na eveneens van de d-g NMa uitstel te hebben verkregen voor de aanvulling van de gronden heeft Sep op 6 december 1999 de gronden van zijn bezwaar aangevuld.

5. Op grond van artikel 92, eerste lid Mw adviseert de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie) over bezwaren tegen een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid Mw.

2 De feiten en het verloop van de procedure

6. Hieronder volgt een beschrijving van de feiten en het verloop van de procedure, voor zover dit van belang is voor de beoordeling.

2.1 Feiten

Partijen

7. Norsk Hydro Energy te Brussel is een dochtervennootschap van de Noorse groep Norsk Hydro, een industriële groep die wereldwijd opereert en als voornaamste activiteiten heeft de productie van kunstmest, van olie en gas, van aluminium en magnesium, en van de chemische producten VCM en PVC. In Sluiskil exploiteert Norsk Hydro de grootste kunstmestproductiefaciliteit ter wereld. Voor haar elektriciteitsvoorziening beschikt Norsk Hydro over drie elektriciteitsproductie-eenheden, met een totale nominale capaciteit van 105 Megawatt op jaarbasis.

8. Sep is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, waarvan de aandelen in handen zijn van vier bedrijven die elektriciteit produceren, te weten N.V. Elektriciteits-Produktiemaatschappij Oost- en Noord-Nederland, Zwolle (EPON), N.V. Elektriciteits-Produktiemaatschappij Zuid-Nederland, Eindhoven (EPZ), N.V. Elektriciteitsbedrijf Zuid Holland, Voorburg (EZH) en N.V. Energieproductiebedrijf UNA, Utrecht (UNA).

9. Op grond van artikel 8 van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 was Sep aangewezen als de vennootschap die tezamen met de vergunninghouders in de zin van deze wet (de vier elektriciteitsbedrijven die aandeelhouder van Sep zijn) tot taak had zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten en op maatschappelijk verantwoorde wijze.

10. Sep is eigenaar en beheerder van het koppelnet, het hoofdtransportnet voor de openbare elektriciteitsvoorziening. Dit koppelnet bestaat uit een hoogspanningsnet van 380 kV (totale lengte 1979 km, ultimo 1996) en een van 220 kV (totale lengte 671 km, ultimo 1996). Het koppelnet is op meerdere plaatsen gekoppeld aan de hoofdtransportnetten voor elektriciteit in het buitenland.

De feiten die aanleiding tot de klacht gaven

11. Volgens eigen opgave bedraagt de eigen vraag van Norsk Hydro naar elektriciteit 65 MW basislast. Norsk Hydro heeft aangegeven dat zijn elektriciteitsproductiefaciliteiten ten dele verouderd en onvoldoende

betrouwbaar zijn en dat zij daardoor niet met voldoende zekerheid aan haar eigen behoefte aan elektriciteit kon voorzien. Er werd besloten om een alternatieve aanvoerbron van elektriciteit te zoeken. Het ging hier met name om import uit Duitsland. Tegelijkertijd werden door Norsk Hydro afnemers gezocht voor de door haar geproduceerde elektriciteit. Norsk Hydro stelde dat deze klanten vanwege de beperkte leveringszekerheid, meer flexibiliteit in hun vraag dienden te hebben dan zijzelf. Die flexibiliteit bestaat met name bij elektriciteitsdistributiebedrijven.

12. Norsk Hydro heeft Skandinavisk Kraftmegling AS (hierna: SK), een grote elektriciteitsmakelaar in Europa, ingeschakeld om de inkoop en het transport van de benodigde elektriciteit te regelen. Per fax heeft SK Sep op 26 november 1997 benaderd met het oog op het transport van de in te voeren elektriciteit dat binnen een week zou moeten plaatsvinden en gevraagd om binnen een dag een aanbod te doen. SK informeerde welke tarieven Sep hanteerde voor het transport van bij de grens tussen Duitsland en Nederland in te voeren elektriciteit van 50 MW basislast. SK gaf daarbij aan dat zij in verband met de wens van een Nederlandse klant 60 MW basislast had gecontracteerd. Deze elektriciteit zou bij Maasbracht worden afgeleverd en diende vervolgens getransporteerd te worden naar Borssele.

13. In reactie hierop stelde Sep dat zij niet in de gelegenheid was om binnen door SK gevraagde termijn 50 MW basislast te transporteren en stuurde aan SK tevens de Regeling transportkostenvergoeding in geval van gebruik van Sep-transportverbindingen op. Sep wees erop dat de tarieven waarschijnlijk zouden worden aangepast.

14. Op 11 december 1997 vond er een bespreking plaats over het transport van de door Norsk Hydro in te voeren elektriciteit. Uit deze bespreking bleek de te importeren elektriciteit een basislast van 35 MW te hebben (en niet de eerder door SK opgegeven basislast van 60 MW). In principe werden er afspraken gemaakt over de betalingen en de duur van de overeenkomst. Aangezien duidelijk werd dat Norsk Hydro zelf ook elektriciteit opwekte, maakte Sep echter het voorbehoud dat het transport van de ingevoerde elektriciteit niet in strijd mocht komen met de Elektriciteitswet 1989.

15. In haar brief van 19 december 1997 gaf Sep aan dat er problemen waren. Sep merkte in deze brief op dat pas bij de besprekingen van 11 december door Norsk Hydro werd bekend gemaakt dat de door deze onderneming te importeren elektriciteit aan derden zal worden doorgeleverd, zij het met een omweg, te weten door middel van de door u zelf op te wekken energie. Voorts stelde Sep het volgende: Naar onze voorlopige mening is de door u beoogde import strijdig met zo al niet de tekst dan toch in ieder geval de bedoeling van de Elektriciteitswet. Onze juristen onderzoeken inmiddels of dit inderdaad het geval is. Wij zullen u zo spoedig mogelijk daarna informeren over ons definitieve standpunt.

16. Toen bleek dat Sep niet voor 1 januari 1998 een definitief standpunt zou innemen, verzocht Hydro Energy in zijn brief van 23 december 1997 enerzijds van Sep om uiterlijk op 12 januari 1998 het definitieve standpunt kenbaar te maken en stelde zij anderzijds dat Norsk Hydro het recht voorbehield vergoeding te eisen van de schade ingaande per 1 januari 1998.

17. In haar brief van 9 januari 1998 gaf Sep aan vooralsnog geen medewerking te willen verlenen aan het transport van de door Norsk Hydro in te voeren

elektriciteit. Zij voerde daarvoor de volgende argumentatie aan:
Sep zal zich houden aan de tekst en de strekking van de Elektriciteitswet en het systeem van invoer, transport en levering van elektriciteit dat in deze wet is verankerd. Sep zal derhalve haar medewerking niet verlenen aan invoer en transport van elektriciteit indien daarbij wordt gehandeld in strijd met bijvoorbeeld de artikelen 34 (invoer voor de openbare voorziening is voorbehouden aan Sep) en 37 (verbod elektriciteit, die is ingevoerd door een ander dan Sep, aan een ander door te leveren) van de Elektriciteitswet. Zo zal Sep bijvoorbeeld niet haar medewerking verlenen aan transport van elektriciteit voor zover dit in feite (al dan niet een verkapte vorm van) invoer door distributiebedrijven betreft.

SK en Norsk Hydro konden Sep tot op heden geen duidelijkheid verschaffen over de uiteindelijke bestemming van de in te voeren elektriciteit (ten aanzien waarvan overigens verschillende hoeveelheden werden genoemd) richting Norsk Hydro te Sluiskil.

Uit een telefax van EnTrade van 18 december 1997 leidt Sep af dat de door Hydro in te voeren elektriciteit bestemd is voor Nutsbedrijven Maastricht. Onder meer op grond van deze gegevens bestaat bij Sep gereede twijfel of Hydro wel handelt in overeenstemming met de wet. Dit betekent dat Sep haar medewerking aan het beoogde transport niet zal verlenen, tenzij Hydro buiten iedere twijfel kan aantonen dat in die perioden, waarin door Hydro wordt gempporteerd, de aan derden geleverd elektriciteit niet bestemd is voor de openbare voorziening, maar voor bijvoorbeeld een bijzondere grootverbruiker. Gaarne zien wij gegevens dienaangaande tegemoet.

18. Bij brief van 20 januari 1998 sommeerde de raadsman van Norsk Hydro dat Sep haar aanbod tegen de op 11 december 1997 besproken kosten en voorwaarden onverwijld gestand doet, dan wel dat zij onmiddellijk aan Hydro een aanbod doet in overeenstemming met artikel 47 Elektriciteitswet.

19. In haar brief van 29 januari 1998 stelde Sep aan Hydro geen aanbod in de zin van artikel 47 elektriciteitswet 1989 te zullen doen. Sep voerde ter rechtvaardiging van deze stelling het volgende aan:

Dat het systeem van invoer transport en levering van elektriciteit met de inwerkingtreding (voorzien per 1 januari 1999) van de nieuwe Elektriciteitswet zal veranderen, moge duidelijk zijn, maar kan er niet toe leiden dat marktpartijen, vooruitlopend op de nieuwe wet, op oneigenlijke wijze onder de huidige wet uitkomen.

20. In maart 1998 vonden wederom besprekingen tussen Norsk Hydro en Sep plaats, dit keer met het oog op transport van elektriciteit met een nader vast te stellen vermogen met een maximum van 60 MW. De elektriciteit zou ingevoerd worden bij de Nederlands/Duitse grens en vanaf Maasbracht naar Borssele moeten worden getransporteerd. Op 1 april 1998 zou dit transport moeten ingaan.

21. Naar aanleiding van deze besprekingen schreef Norsk Hydro in zijn fax van 17 maart 1998 het volgende:

Om tot een oplossing te komen inzake ons geschil betreffende het door ons op 26 november 1997 gevraagde transport van elektriciteit, kunnen wij u mededelen, dat de door Hydro te importeren elektriciteit niet zal worden doorgeleverd aan distributiebedrijven.

22. In zijn fax van 20 maart 1998 reageerde de Sep als volgt:

In tegenstelling tot wat u op de 17e had aangekondigd herhaalt u de aanvraag van 26 november 1997, waarbij in het midden wordt gelaten wat er met de te

importeren elektriciteit gebeurt. Volstaan wordt met de feitelijke mededeling dat deze niet zal worden doorgeleverd aan distributiebedrijven. Deze constatering strookt niet met de afspraak dat Hydro thans een voorstel zou doen over de wijze waarop Sep in staat gesteld zou kunnen worden te beoordelen of inderdaad met uw aanvraag geen ingevoerde elektriciteit (langs een omweg) naar distributiebedrijven wordt doorgeleverd. Sep zou op haar beurt, zo kwamen wij de 17e overeen, op korte termijn een standpunt over z'n voorstel bepalen en vervolgens bezien of aan uw aanvraag met aanvullende gegevens tegemoet gekomen zou kunnen worden. Sep zou u, in het geval er bezwaren onzerzijds zouden rijzen, op korte termijn daarvan op de hoogte stellen.

Een voorstel met een aanvraag tot transport, zoals hiervoor geschetst, ontbreekt helaas in uw brief.

23. In haar brief van 26 maart 1998 betreurde Norsk Hydro het dat zij en Sep niet tot een overeenkomst waren gekomen. Voorts werd betoogd dat Norsk Hydro op grond van de wet geen specifieke informatie behoefde te verschaffen over de verkoop van elektriciteit door haar aan derden.

24. Voorts stelde Norsk Hydro het volgende:

Verder weerleggen wij dat Hydro in het gesprek van 17 maart 1998 heeft aangekondigd een nieuwe transportaanvraag in te dienen. Wij zijn daarentegen in het kader van het lopende verzoek om transport aan Seps voorwaarde tegemoet gekomen om niet door te leveren aan distributiebedrijven. Die tegemoetkoming hebben wij gedaan onder voorbehoud van onze principiele bezwaren. Wij houden vast aan ons eerste verzoek om te bemiddelen ingevolge de Elektriciteitswet.

Ons verzoek om transport sluit aan bij de eenmalige behoefte van n van onze relaties, die geen distributiebedrijf is (zoals gezegd geven wij de identiteit van deze relatie niet prijs; een onafhankelijke derde zou wat ons betreft kunnen bevestigen dat het niet om een distributiebedrijf gaat).

25. Aan het einde van de brief deelde Norsk Hydro mee dat op korte termijn om een uitspraak van de NMa over de mededingingsrechtelijke aspecten van Seps standpunt gevraagd zou worden.

26. De brief van 9 april 1998 van Sep bevat de volgende reactie:

Het blijft voor Sep onmogelijk om te verifiëren of al dan niet aan een elektriciteitsdistributiebedrijf wordt doorgeleverd. Uw herhaalde ontkenningen van een dergelijk doortransport ten spijt, zou Sep graag zeker gesteld willen zien dat niet rechtstreeks of via de door u beoogde klant met een omweg aan een distributiebedrijf wordt geleverd.

Uw suggestie om een onafhankelijke derde in te schakelen, die kan bevestigen dat het (ook indirect) niet om een distributiebedrijf gaat, kunnen wij in principe ondersteunen.

27. Sep stelde voorts alleen bereid te zijn om aan transport mee te werken, indien alle gewenste duidelijkheid inzake doorlevering van de door Norsk Hydro in te voeren elektriciteit zou worden verschaft.

2.2 Verloop van de procedure

28. Norsk Hydro heeft op 27 april 1998 een klacht ingediend bij de d-g NMa tegen Sep wegens schending van de artikelen 6, eerste lid en 24, eerste lid, Mw. De klacht heeft betrekking op de weigering van Sep om een aanbod te doen voor het transport van door Norsk Hydro te importeren elektriciteit vanaf

de Nederlandse grens (nabij Maasbracht) naar Borssele.

29. Norsk Hydro verzocht de d-g NMa vast te stellen dat Sep artikel 24, eerste lid, Mw had overtreden door te weigeren de door haar in te voeren elektriciteit te transporteren en door te eisen dat vooraf de identiteit van de bedrijven aan wie zij wilde leveren kenbaar gemaakt zou worden. Ook verzocht Norsk Hydro de d-g NMa om vast te stellen dat Sep artikel 6, eerste lid, Mw, had geschonden, omdat Sep door te eisen dat Norsk Hydro niet mocht leveren aan distributiebedrijven, Norsk Hydro dwong om deel te nemen aan een marktverdelingsregeling. Naar aanleiding van deze overtredingen heeft Norsk Hydro de d-g NMa verzocht een last onder dwangsom op te leggen.

30. Naar aanleiding van deze klacht heeft de d-g NMa vragen gesteld aan onder meer Sep, Norsk Hydro, aan de elektriciteitsbedrijven, wier transportnetten langs de Nederlandse grens gesitueerd zijn, te weten de PNEM/MEGA Groep N.V. (hierna: PNEM/MEGA), N.V. Delta Nutsbedrijven (hierna: Delta), N.V. NUON (hierna: NUON) en N.V. EDON Groep (hierna: EDON). Onder ander zijn er vragen aan Delta gesteld over de grensoverschrijdende verbinding tussen het transportnet van Delta met België en de rechtstreekse 150 kV[1] verbinding tussen het transportnet van Delta en het transportnet van PNEM/MEGA.

31. Uit gegevens die Sep aan de d-g NMa heeft overhandigd, blijkt onder meer het volgende. Met verschillende ondernemingen heeft Sep contracten afgesloten voor het transport van gemporteerde elektriciteit. In ten minste n geval betrof het een bedrijf dat ook zelf elektriciteit opwekte. Daarbij heeft Sep in het contract bepaald dat gemporteerde elektriciteit niet mag worden doorgeleverd aan derden. Indien hiervan toch sprake mocht zijn, kon Sep het transport met onmiddellijke ingang staken. Artikel 2.2 van het desbetreffende contract luidt:

In verband met de artikelen 34 en 37 van de Elektriciteitswet 1989 garandeert Parenco aan Sep dat zij per klok-uur de getransporteerde elektriciteit geheel voor eigen verbruik zal inzetten en dat deze elektriciteit noch geheel noch gedeeltelijk zal worden doorgeleverd aan of ter beschikking komt van derden. Indien op enig moment de door Sep getransporteerde elektriciteit wordt doorgeleverd aan of ter beschikking komt van derden dan kan Sep deze overeenkomst met onmiddellijke ingang beindigen.

32. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in transportcontracten die Sep met twee andere bedrijven heeft afgesloten.

33. Op 12 oktober 1998 heeft de d-g NMa een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw, doen opmaken in verband met een redelijk vermoeden van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw. Om belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun zienswijze te geven over het rapport van 12 oktober 1998 heeft op 8 december 1998 een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens deze hoorzitting zijn (vertegenwoordigers en gemachtigden van) Sep en Norsk Hydro in aanwezigheid van de rapporteurs gehoord.

3 Het bestreden besluit

34. De d-g NMa heeft op 26 augustus 1999 vastgesteld dat Sep misbruik van zijn economische machtspositie heeft gemaakt door aan Norsk Hydro als eis

voor het transport van de door haar te importeren elektriciteit te stellen dat deze onderneming geen elektriciteit aan distributiebedrijven zou doorleveren. Tevens constateerde de d-g NMa dat Sep deze voorwaarde niet aan andere bedrijven die elektriciteit wilden importeren, stelde; minstens een van deze bedrijven was evenals Norsk Hydro zelfopwekker van elektriciteit. Volgens de d-g NMa was hier sprake van discriminatie, hetgeen ook misbruik opleverde. Volgens de d-g NMa was daarom artikel 24, eerste lid, Mw, overtreden, omdat Sep weigerde door Hydro gemporteerde elektriciteit te vervoeren over zijn hoogspanningsverbindingen respectievelijk omdat Sep bij de formulering van de voorwaarden voor dit transport discrimineerde.

35. De d-g NMa stelde voorts vast dat Sep artikel 6, eerste lid, Mw niet geschonden had. De in het geding zijnde handelwijze van Sep had volgens de d-g NMa geen zelfstandige betekenis in het kader van artikel 6, eerste lid, Mw.

36. De d-g NMa legde met toepassing van artikel 62, eerste lid, Mw, aan Sep een boete op van 14 miljoen gulden. Het verzoek van Norsk Hydro om met toepassing van artikel 62, tweede lid, Mw, een last onder dwangsom op te leggen, werd afgewezen door de d-g NMa. Er werd op gewezen dat in het kader van de nieuwe Elektriciteitswet 1998 de taken van Sep met betrekking tot het koppelnet zijn overgedragen aan TenneT. Aan de eventuele oplegging van een last onder dwangsom was derhalve de nuttige werking ontvallen volgens de d-g NMa, omdat de uitvoering ervan door Sep onmogelijk was geworden.

4 Bezwaren van partijen en schriftelijke reactie namens de d-g NMa

37. Sep en Norsk Hydro hebben bezwaar aangetekend tegen het besluit van de d-g NMa van 26 augustus 1999 in zaak 650. Namens de d-g NMa is een schriftelijke reactie opgesteld.

4.1 Bezwaren van Sep

Overtreding artikelen 3, 34 en 37 Elektriciteitswet 1989

38. Volgens Sep heeft de d-g NMa een onjuiste interpretatie gegeven aan de Elektriciteitswet 1989. De Sep wijst in dit verband op het uitgangspunt dat ten grondslag lag aan de Elektriciteitswet 1989. Enkele vergunninghouders en de Sep dienden elektriciteit te produceren ten behoeve van de openbare elektriciteitsvoorziening. Er diende gestreefd te worden naar voorzieningszekerheid op korte en middellange termijn, waardoor iedere gebruiker kon beschikken over de door hem gewenste hoeveelheid elektriciteit. Tevens diende elektriciteit geleverd te worden tegen een kostprijs die zo laag mogelijk moest zijn en diende gelijke (maximum)tarieven te bestaan voor gelijke groepen eindverbruikers. In dit verband diende Sep op landelijk niveau zorg te dragen voor de planning van voldoende productiecapaciteit.

39. Om te voorkomen dat de planning van Sep doorkruist werd, bepaalde artikel 34 Elektriciteitswet 1989 dat de invoer van elektriciteit bestemd voor de openbare voorziening voorbehouden was aan Sep. Daarnaast was het op grond van artikel 37 Elektriciteitswet 1989 verboden elektriciteit die is ingevoerd door een ander dan Sep, aan een ander te leveren.

40. Op het verbod om elektriciteit te importeren bestond een uitzondering voor eindverbruikers die door middel van import wilden voorzien in de eigen elektriciteitsbehoeften. Tevens verklaarde de Minister van Economische Zaken in de Memorie van Toelichting[2] bij het voorstel voor de Elektriciteitswet 1989 dat, ingeval een zelfopwekker elektriciteit doorlevert aan anderen en tevens elektriciteit importeert, ervan uitgegaan moet worden dat de gempotteerde elektriciteit voor eigen gebruik is en de opgewekte elektriciteit doorgeleverd wordt, tenzij de zelfopwekker meer levert dan opwekt. Volgens de Sep moest er echter voor gewaakt worden dat de voor eigen gebruik bedoelde uitzondering niet misbruikt zou worden voor verboden import door distributiebedrijven. De Sep betoogt dat daarom een onderscheid gemaakt moet worden tussen de situatie waarin een zelfopwekker ging importeren om door te leveren (de back-to-back situatie) en de situatie waarin een samenloop van import, zelfopwekking en doorverkoop op meer organische wijze was ontstaan. De Sep stelt dat de Minister van Economische Zaken op deze laatste situatie moest hebben gedoeld, toen hij in de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Elektriciteitswet 1989 verklaarde dat aan importerende zelfopwekkers bij de toepassing van het verbod van artikel 37 het voordeel van de twijfel moet worden gegund.

41. Volgens Sep maakt de d-g NMa ten onrechte geen onderscheid tussen de back-to-back situatie en de situatie van het organisch samengaan van import, zelfopwekking en doorverkoop bij interpretatie van de verklaring van de Minister van Economische Zaken in de Memorie van Toelichting ten aanzien van artikel 37. Op deze wijze is de d-g NMa voorbijgegaan aan de context van de verboden van de artikelen 34 en 37 Elektriciteitswet 1989 waarbinnen deze verklaring van de Minister moet worden gelezen. Daarnaast wijst Sep erop dat de Memorie van Toelichting geen afbreuk kan doen aan de wetstekst zelf. Tevens wordt in de Memorie van Toelichting naar de mening van Sep gesproken van een vermoeden dat een importerende zelfopwekker die niet meer levert dan hij produceert, artikel 37 Elektriciteitswet 1989 niet overtreedt. Dit vermoeden kan weerlegd worden. Daar komt volgens Sep nog bij dat de Memorie van Toelichting slechts in die zin kan worden uitgelegd dat de importerende zelfopwekker de Elektriciteitswet 1989 overtreedt, indien op enig tijdstip door hem meer elektriciteit wordt gempotteerd dan opgewekt.

42. Volgens Sep berust het bestreden besluit op een ondeugdelijke feitelijke grondslag. De volgende feiten zijn ten onrechte buiten beschouwing gelaten of onvoldoende belicht. Een fax die Sep ontving suggereerde dat Nutsbedrijven Maastricht elektriciteit via Norsk Hydro wilden importeren. Tevens correspondeerde de hoeveelheid die deze nutsbedrijven voornemens waren in te voeren, met de hoeveelheid die Norsk Hydro zei in te voeren voor eigen gebruik. Ook was Norsk Hydro van plan in de buurt van Maastricht (namelijk bij Maasbracht) elektriciteit in te voeren. Tevens heeft Norsk Hydro slechts verzocht om een tarief voor de import van elektriciteit en het transport richting Sluiskil, terwijl bij doorlevering van zelf opgewekte elektriciteit naar anderen en het gebruik van gempotteerde elektriciteit voor eigen gebruik twee verzoeken voor transport logischer waren geweest. Dat Norsk Hydro voornemens was om de gempotteerde elektriciteit door te leveren zou ook blijken uit een brief van 26 maart 1998 van deze onderneming aan Sep waarin Norsk Hydro meldt dat het verzoek om transport van elektriciteit uit Duitsland aansluit bij de eenmalige behoefte van een van zijn relaties.

43. Ook stelt Sep dat het energetisch rendement van de installaties van Norsk Hydro zo gering is dat deze installaties beschouwd moeten worden als elektriciteitscentrales; levering uit dergelijke installaties ten behoeve van de

openbare voorziening was verboden op grond van artikel 3 Elektriciteitswet 1989; dergelijke leveringen waren op grond van deze bepaling voorbehouden aan vergunninghouders.

44. Volgens Sep verkochten de drie bedrijven waarvoor Sep wel het transport van de gempoteerde elektriciteit verzorgde, geen elektriciteit aan derden, terwijl twee van deze bedrijven zelf geen elektriciteit opwekten. De drie betrokken bedrijven importeerden daarnaast slechts een geringe hoeveelheid elektriciteit in vergelijking met het eigen verbruik.

45. Deze feiten geven Sep aanleiding om te vermoeden dat de Elektriciteitswet 1989 zou worden overtreden. Daarom was het in de opvatting van Sep redelijk om van Norsk Hydro te verlangen mee te werken aan de vaststelling, bijvoorbeeld door een onafhankelijke registeraccountant, dat van schending van deze wet geen sprake was. De NMa had daarom ten minste moeten onderzoeken of de vrees voor wetsinbreuk die bij Sep bestond, terecht was.

Samenloop Elektriciteitswet 1998 en de Mw

46. Sep stelt dat de Mededingingswet niet onverkort op de elektriciteitssector kon worden toegepast, aangezien de Elektriciteitswet 1989 streefde naar een evenwicht tussen planning en marktwerking, zodat de wet een wezenlijk andere marktstructuur beoogde dan een volledig vrije markt. De Sep wijst erop dat voor geschillen over de gebruikmaking van leidingen de Elektriciteitswet 1989 een speciale procedure bevat in artikel 48 die exclusief is. In deze procedure kan de Minister van Economische Zaken in een bindend besluit de inhoud van een aanbod tot transport vaststellen waarbij een afweging gemaakt kan worden tussen planning en marktwerking in de elektriciteitssector. Door deze samenloop van procedures heeft de d-g NMa naar de mening van Sep in strijd met de wet gehandeld dan wel misbruik van zijn bevoegdheid gemaakt door de Mededingingswet toe te passen in het onderhavige geschil. Aan het feit dat er sprake is van samenloop van de procedures doet de stelling uit het bestreden besluit niet af dat Norsk Hydro geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden van artikel 48 Elektriciteitswet 1989; de omstandigheid dat een onderneming geen gebruik maakt van een procedure, betekent niet dat deze procedure niet bestaat.

Motivering ten aanzien van marktafbakening en de economische machtspositie

47. Sep stelt zich op het standpunt dat iedere motivering ontbreekt voor de afbakening van de relevante productmarkt als de afzonderlijke markt voor interregionaal transport van elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsnetten met tenminste 220 KV. Tevens zijn ten onrechte de transportverbindingen binnen Nederland tot relevante geografische markt gerekend, nu Sep slechts voorwaarden aan de import stelde en niet het transport binnen Nederland weigerde. Ook maakt het bestreden besluit niet duidelijk of de verbinding van Delta met België geschikt was voor de door Norsk Hydro beoogde invoer. Welke technische redenen voor deze ongeschiktheid zouden bestaan, wordt niet vermeld. Ook is onduidelijk waarom het bedrijfsvoeringstechnisch toezicht van de Sep op deze verbinding zou leiden tot ongeschiktheid van de verbinding van Delta met België. Sep kan immers transport van gempoteerde elektriciteit door deze verbinding niet tegenhouden, indien voor dit transport geen bedrijfsvoeringstechnische problemen bestaan. Uit het bestreden besluit blijkt volgens Sep derhalve niet

dat Sep zou beschikken over een machtspositie of een essentiële faciliteit.

Misbruik

48. Voorts betwist Sep dat zij handelingen heeft verricht die zijn te kwalificeren als misbruik. Sep ontkent aan Norsk Hydro als voorwaarde voor het transport van de gempoteerde elektriciteit te hebben gesteld dat deze onderneming niet zou mogen leveren aan distributiebedrijven. Tevens wordt ten onrechte in het bestreden besluit gesuggereerd dat de voorwaarde van Sep dat duidelijkheid zou ontstaan over de eventuele strijdigheid met de Elektriciteitswet 1989 gelijk te stellen zou zijn met weigering van levering. Het stellen van deze voorwaarde zou dan alleen tot weigering leiden, indien de wet wordt overtreden, maar aan wetsinbreuken hoeft Sep niet mee te werken.

49. Tevens ontkent Sep dat haar gedraging ten opzichte van Norsk Hydro discriminerend zou zijn geweest. Uit het bestreden besluit blijkt niet waarom Norsk Hydro zich in een gelijke positie zou bevinden als de andere bedrijven waarvoor Sep wel het transport van de gempoteerde elektriciteit verzorgde. Er is volgens Sep zeker geen sprake van een door artikel 82 EG-verdrag en artikel 24 Mw verboden discriminatie, aangezien niet bewezen is waaruit de benadeling van de mededingingspositie van Norsk Hydro zou bestaan ten opzichte van de bedrijven waarvoor Sep wel transportdiensten verricht.

Boete

50. Sep stelt dat, mocht er al sprake zijn van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw, de boete te hoog is gezien de omstandigheden waaronder Sep tot haar beslissingen is gekomen. Sep heeft de Elektriciteitswet 1989 te goeder trouw uitgelegd en genterpreteerd. Daarnaast heeft Sep niet geweigerd om te transporteren, maar slechts voorwaarden gesteld met het oog op de naleving van de wet. Tevens zijn de boetes die in het buitenland in het kader van het mededingingsrecht zijn opgelegd beduidend lager dan die aan Sep is opgelegd door de d-g NMa. Voorts is het gedrag van Sep volgens de richtsnoeren van de Commissie van de Europese Gemeenschap (hierna: Commissie) hooguit te beschouwen als een niet ernstige inbreuk met een mogelijk boetebedrag van 1.000 tot 1.000.000 Euro. Er is geen sprake van recidive en de Sep heeft cooperatief meegewerkt aan het onderzoek van de NMa. Ook is de vermeende inbreuk van korte duur geweest en heeft Norsk Hydro geen daadwerkelijke schade geleden. Daarnaast moet er rekening mee gehouden worden dat het hier gaat om de eerste, ooit krachtens de Mededingingswet, opgelegde boete. Matiging van de boete is volgens Sep daarom op zijn plaats, aangezien de eerste boetes van de Commissie in het verleden niet hoog waren.

4.2 Bezwaren Norsk Hydro

51. Norsk Hydro voert bezwaar aan tegen de hoogte van de boete. Volgens deze onderneming heeft de overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw langer geduurd dan een half jaar, waarvan in het bestreden besluit wordt uitgegaan. Ten onrechte stelt de d-g NMa in het bestreden besluit dat de overtreding begon op 9 april 1998. Van belang is de brief van 9 januari 1998 van Sep aan Norsk Hydro, waarin Sep meedeelde haar medewerking aan het transport van de gempoteerde elektriciteit niet te verlenen, tenzij aangetoond kon worden dat Norsk Hydro geen elektriciteit zou leveren met het oog op de openbare voorziening, maar aan een bijzondere grootverbruiker. Volgens Norsk Hydro moet er derhalve van uitgegaan worden dat Sep haar overtreding van artikel

24, eerste lid, Mw reeds begonnen is op 9 januari 1998.

52. Volgens Norsk Hydro gaat de d-g NMa er ten onrechte van uit dat de overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw door Sep beïndigd is op 1 oktober 1998, omdat op die datum de activa van Sep zijn overgedragen aan TenneT. Norsk Hydro wijst erop dat volgens een bericht uit de Staatscourant van 16 november 1998 TenneT met ingang van 1 januari 1999 het landelijk hoofdtransport zou gaan beheren. Ook uit correspondentie met Sep en TenneT zou blijken dat het beheer van het landelijk hoofdtransportnet pas vanaf 1 januari 1999 in zijn geheel bij TenneT zou berusten. De overtreding is naar de mening van Norsk Hydro pas beïndigd op 1 januari 1999.

53. De overtreding van Sep heeft een jaar geduurd volgens Norsk Hydro. Het besluit moet daarom worden aangepast in die zin dat de duur van de overtreding op een jaar moet worden gesteld, hetgeen verdisconteerd moet worden in de hoogte van de boete.

4.3 Schriftelijke reactie d-g NMa

Geen overtreding artikelen 3, 34 en 37 Elektriciteitswet 1989

54. Naar aanleiding van de bezwaren van Sep en Norsk Hydro is namens de d-g NMa een schriftelijke reactie opgesteld. In deze reactie is benadrukt dat in de Elektriciteitswet doelbewust ruimte voor concurrentie binnen de elektriciteitssector is gecreëerd. Aan de ene kant was import ten behoeve van de openbare voorziening verboden op grond van artikel 34 Elektriciteitswet 1989. Aan de andere kant was zelfopwekking en import voor eigen gebruik toegestaan; de wetgever achtte dit niet onverenigbaar met de taken van Sep.

55. De d-g NMa heeft de juiste interpretatie gevolgd van artikel 37 Elektriciteitswet 1989. In de in het bestreden besluit aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat voor de zelfopwekker die elektriciteit importeert de meest gunstige uitleg moet worden gekozen: zolang niet meer elektriciteit wordt doorgeleverd dan opgewekt, moet ervan uitgegaan worden dat de ingevoerde elektriciteit niet wordt doorgeleverd. Ook bestrijdt de d-g NMa de interpretatie die de Sep aan artikel 3 Elektriciteitswet 1989 heeft gegeven in zijn bezwaar. Artikel 3 van deze wet verbood het blijvend en structureel in gebruik hebben van elektriciteitscentrales met het oogmerk om elektriciteit voor de openbare voorziening op te wekken. Het leveren van met een elektriciteitscentrale opgewekte elektriciteit door een grootverbruiker valt hier niet onder. Tevens wordt namens de d-g NMa nog opgemerkt dat, hoewel Sep een speciale taak had onder het regime van de Elektriciteitswet 1989, deze taak niet inhield om bij dreiging van overtreding van de artikelen 3, 34 en 37 Elektriciteitswet 1989 op te treden.

56. Overigens is de d-g NMa van oordeel dat het bestreden besluit is gebaseerd op een gedegen feitenonderzoek. Volgens de d-g NMa baseert de Sep de stelling dat Norsk Hydro de Elektriciteitswet 1989 zou overtreden, vooral op vermoedens en onjuiste interpretatie van deze wet.

Samenloop Elektriciteitswet 1998 en de Mw

57. Benadrukt wordt dat ondanks de bijzondere procedure van artikel 48 Elektriciteitswet de Mw van toepassing is op het onderhavige geschil. De Mw bevat de algemene mededingingsregels die ook van toepassing zijn op de

elektriciteitssector. In dit verband wordt gewezen op de nota naar aanleiding van het verslag bij het voorstel van de Mw, waarin de Minister van EZ uitdrukkelijk stelt dat het regime van de Mw ook van toepassing dient te zijn op de elektriciteitssector.[3] Tevens heeft de wetgever niet uitdrukkelijk gesteld dat de procedure van artikel 48 Elektriciteitswet 1989 als uitputtende procedure voor die van artikel 24, eerste lid, Mw, moet worden aangemerkt. Daarnaast gelden bij de eerstgenoemde procedure andere uitgangspunten dan bij de laatstgenoemde procedure.

Afbakening relevante markt en economische machtspositie

58. Interregionaal transport van elektriciteit met een vermogen tussen 25-75 MW vindt in de praktijk alleen plaats via hoogspanningsverbindingen met een spanning van 220 kV en 380 kV (het koppelnet). Uit door de d-g NMa verricht onderzoek blijkt dat transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW over langere afstanden slechts rendabel is indien dit transport plaatsvindt via hoogspanningsverbindingen met een voltage van tenminste 220 kV. De relevante markt is derhalve het interregionaal transport van ingevoerde elektriciteit. Aangezien Sep over het koppelnet beschikte in Nederland, had Sep een machtspositie op deze markt. Niet van belang is het overigens of er een aparte markt bestaat voor de verbindingen tussen Nederland en het buitenland, aangezien de invoer van elektriciteit alleen zinvol is indien ook voorzien is in het transport binnen Nederland.

59. In het midden kon worden gelaten of transport via een 150 kV hoogspanningslijn tot de relevante markt behoorde. Hoewel Delta over een dergelijke verbinding met Electrabel België beschikt, is deze niet geschikt voor transport van ingevoerde elektriciteit. Delta heeft op vragen van de d-g NMa meegedeeld dat dit zou stuiten op technische problemen en deze verbinding alleen bedoeld is voor noodgevallen, terwijl vanwege bedrijfsvoeringstechnisch toezicht toestemming van Sep vereist is voor het gebruik ervan. Delta heeft gesteld dat voor een grensoverschrijdend transport in alle gevallen gebruik gemaakt moet worden van de verbindingen van Sep. In zijn beschikking in de zaak IJsselcentrale[4] ging de Commissie er ook vanuit dat voor import en transport van elektriciteit de internationale verbindingen van Sep onmisbaar zijn.

Misbruik

60. Van de zijde van de d-g NMa is benadrukt dat Sep door aan Norsk Hydro de voorwaarde te stellen dat niet geleverd zou worden aan distributiebedrijven en tevens hiervan bewijs te eisen, misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt. Deze handelwijze van Sep is te beschouwen als weigering om de transportdiensten te verrichten, terwijl het verlenen van deze transportdiensten het uitgangspunt behoorde te zijn. Aangezien voor deze weigering geen objectieve rechtvaardiging bestond nu de interpretatie die Sep gaf aan de Elektriciteitswet 1989 onjuist is, heeft Sep artikel 24, eerste lid, Mw, overtreden.

61. Seps handelwijze is ook aan te merken als discriminatie. Sep heeft immers voor andere ondernemingen wel transportdiensten verricht en daarbij contractueel bedongen dat deze diensten gestaakt zouden worden, indien de artikelen 34 en 37 van de Elektriciteitswet 1989 zouden worden overtreden. Ten onrechte stelt Sep dat de positie van deze andere ondernemingen significant afwijkt van die van Norsk Hydro. Een van deze ondernemingen is ook een zelfopwekker/importeur en daarbij is het niet relevant dat deze

onderneming minder elektriciteit opwekt en/of importeert. Evenmin is daarbij de vraag van belang of Norsk Hydro in een mededingingsverhouding staat tot de ondernemingen, waarvoor Sep wel het transport van de ingevoerde elektriciteit verzorgt. Overigens is de d-g NMa van mening dat deze ondernemingen (potentieel) concurreren met Norsk Hydro wat de levering van de (zelfopgewekte) elektriciteit betreft.

Boete

62. Benadrukt wordt dat de d-g NMa beschikt over een discretionaire bevoegdheid bij het opleggen van een boete. Voor de d-g NMa is de algemene maatstaf dat de hoogte van de boete zodanig moet zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen en ook in algemene termen een afschrikwekkende werking heeft.

63. De overtreding van Sep is volgens de d-g NMa zeer zwaar, omdat deze onderneming op de markt voor interregionaal transport (en import) van elektriciteit nagenoeg een monopoliepositie inneemt. Daarnaast waren de mogelijkheden van concurrentie in de elektriciteitssector beperkt en zijn deze mogelijkheden door de handelwijze van Sep in dit geval tenietgedaan. Gezien de omzet van Sep (volgens het jaarverslag 1998: 6,9 miljard gulden) zou dit op grond van het vereiste van afschrikwekkendheid een boete van enkele tientallen miljoenen guldens hebben betekend.

64. De duur van de overtreding was echter kort en er is rekening gehouden met een aantal verzachtende omstandigheden zoals de afwezigheid van recidive. Hierbij is het niet van belang dat in andere landen lagere boetes zouden worden opgelegd, omdat de d-g NMa alleen gebonden is aan het wettelijke kader van de Mw. Naar het oordeel van de d-g NMa is de boete van 14 miljoen gulden daarom passend.

65. De d-g NMa heeft betoogd dat Norsk Hydro geen belang heeft bij zijn bezwaar, omdat het verzoek van Hydro Energy goeddeels is ingewilligd. Overigens deelt de d-g NMa de mening van Norsk Hydro niet dat de overtreding van Sep reeds begonnen zou zijn op 9 januari 1998. Pas in zijn brief van 9 april 1998 heeft Sep in wezen aangegeven niet te willen contracteren door onder andere de voorwaarden voor een eventueel transportcontract nog aan te scherpen. Pas op dit moment heeft Norsk Hydro de onderhandelingen ook afgebroken. De begindatum van de overtreding van Sep is derhalve 9 april 1998. De einddatum van de overtreding van Sep ligt volgens de d-g NMa op 12 oktober 1998, aangezien Sep begin oktober het koppelnet heeft overgedragen aan TenneT. Het gedrag van TenneT is geen voorwerp van de klacht van Norsk Hydro geweest en het onderzoek van het door de d-g NMa naar aanleiding van de handelwijze van Sep opgestelde rapport had ook geen betrekking op handelingen van TenneT.

5 Hoorzitting

66. Op 24 januari 2000 heeft de adviescommissie de vertegenwoordigers van Sep, van Norsk Hydro en van de d-g NMa gehoord ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

67. Sep beklemtoont dat de d-g NMa een onjuiste interpretatie aan de

artikelen 34 en 37 Elektriciteitswet 1989 heeft gegeven en te weinig oog heeft gehad voor de bijzondere taak die Sep op grond van deze wet heeft gehad.

68. Op de hoorzitting geeft Sep echter te kennen zijn bezwaar dat artikel 3 Elektriciteitswet 1989 is overtreden, in te trekken.

69. Sep brengt naar voren dat de feitelijke onderbouwing van het besluit van de d-g NMa ondeugdelijk is. Sep vraagt aandacht voor het feit dat SK namens Norsk Hydro om inwilliging van zijn verzoek tot transport van de in te voeren elektriciteit verzocht binnen een veel te korte termijn. Binnen de branche is het een algemeen erkend uitgangspunt dat verzoeken om transport van omvangrijke vermogens als 60 MW zeer tijdig moeten worden ingediend. Sep heeft voorts bij het gesprek van 11 december 1997 het voorbehoud gemaakt dat de Elektriciteitswet 1989 niet zou worden overtreden. De fax van EnTrade die Sep voorafgaande aan de hoorzitting aan de d-g NMa heeft opgestuurd, zou als volledig bewijs dienen van de stelling dat Norsk Hydro de ingevoerde elektriciteit zou doorleveren aan Nutsbedrijven Maastricht. Dit zou ook blijken uit de omstandigheid dat door Norsk Hydro geen transport was aangevraagd voor het transport van Borssele naar Maasbracht (de route die het transport van de door Norsk Hydro geproduceerde elektriciteit zou moeten afleggen naar de afnemer van deze elektriciteit).

70. Sep wijst erop dat na 20 januari 1998 door Sep bijna twee maanden niets is vernomen van Norsk Hydro. Met het oog op het transport van 1 april 1998 stelt Hydro Energy op 26 maart 1998 voor om een onafhankelijke derde in te schakelen die kan bevestigen dat niet doorgeleverd zou worden aan distributiebedrijven; met deze actie heeft Norsk Hydro Sep in een tijds-klem willen plaatsen. Sep heeft op dit verzoek reeds op 9 april 1998 gereageerd en naar voren gebracht zich te kunnen vinden in de suggestie om een onafhankelijke derde in te schakelen. Ten onrechte heeft de d-g NMa daarom deze brief als een definitieve weigering beschouwd.

71. Sep geeft aan dat het een feit van betrekkelijk algemene bekendheid is dat voor transport van elektriciteit over langere afstand het koppelnet van (vroeger) Sep (thans TenneT) de meest aangewezen verbinding is. Zonder gebruikmaking van dit net had Norsk Hydro geen elektriciteit over een afstand van circa 230 km (van Maasbracht naar Borssele en van Borssele naar Maasbracht) kunnen transporteren. Sep stelt dat, hoewel zij eigenaar is van het koppelnet, zij niet beschikt over een essentiële faciliteit, aangezien het beheer van dit koppelnet gebonden is aan de wettelijke regels die vastgesteld zijn in het kader van de marktordening voor elektriciteit.

72. Sep stelt dat haar handelen niet als misbruik is te kwalificeren, omdat van haar niet verwacht kan worden dat zij meewerkte aan de overtreding van de Elektriciteitswet 1989. Volgens Sep snijdt de stelling dat haar taak niet de handhaving van deze wet was geen hout, aangezien Sep door medewerking te verlenen aan de overtreding van deze wet een onrechtmatige daad zou hebben gepleegd volgens artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek. Voorts heeft Sep Norsk Hydro niet ten opzichte van Parenco gediscrimineerd, aangezien Parenco niet meer dan 9 MW importeert op jaarbasis, hetgeen in vergelijking met de eigen behoefte (ongeveer 80 MW) en de eigen productie (ongeveer 45 MW) van dit bedrijf slechts een geringe hoeveelheid is. Dit geldt niet voor Norsk Hydro die voor zijn dochteronderneming Norsk Hydro 60 MW wilde importeren. Sep wijst in dit verband er overigens op dat bij grensoverschrijdende levering het niet mogelijk is per klokuur te varieren. Indien binnen een klokuur een wijziging optreedt ten aanzien van het vermogen van de elektriciteitscentrales van de

zelfopwekker, dan kan de te veel ingevoerde elektriciteit niet worden geleverd aan de buitenlandse leverancier. Een eventueel verschil moet dan worden opgesoupeerd door Sep als system operator.

73. Sep stelde dat de d-g NMa de hoogte van de boete onvoldoende onderbouwd heeft, omdat de d-g NMa zich uitput in algemeenheden, er geen rekening mee houdt dat het om een van de eerste boetes op grond van de Mw gaat, het boetebeleid van de Commissie onjuist heeft toegepast en weinig oog heeft gehad voor de internationale context van het mededingingsrecht.

74. Volgens Norsk Hydro heeft Sep zijn machtspositie met betrekking tot het koppelnet misbruikt om zo aan de verkoopzijde de concurrentie te belemmeren. Sep heeft bewust een beperkte interpretatie aan de Elektriciteitswet gegeven. Als monopolist legde Sep de wet in zijn voordeel uit. Voor de weigering van Sep bestaat geen objectieve rechtvaardiging. Onder verwijzing naar het arrest British Sugar[5] stelt Norsk Hydro dat Sep gediscrimineerd heeft door onderscheid te maken tussen twee afnemers naargelang zij al dan niet met hem in een concurrentieverhouding staan. Relevant bij het discriminatieverbod in het mededingingsrecht is het nadeel in concurrentie tussen de gediscrimineerde afnemer (Norsk Hydro) en de leverancier (Sep).

75. Norsk Hydro heeft erop gewezen dat Norsk Hydro de Elektriciteitswet 1989 niet zou overtreden. De maximale productiecapaciteit van deze onderneming is 105 MW, de gemiddelde productie is 71 MW en het gemiddelde verbruik is 65 MW. In 1997 hebben zich tijdelijke problemen voorgedaan, zodat slechts 51 MW werd geproduceerd. Toen heeft Norsk Hydro extra elektriciteit bijgekocht. Volgens Norsk Hydro heeft de d-g NMa een juiste interpretatie aan de Elektriciteitswet 1989 gegeven. Het ging erom dat de zelfopwekker/importeur niet meer doorleverde dan dat hij zelf produceerde.

76. Norsk Hydro merkt voorts op dat, hoewel zij wist van het bestaan van de fax van EnTrade, zij pas in januari 2000 dankzij de d-g NMa kon beschikken over deze fax. Ook deelt zij mee dat zij niet voorzien had in het transport van zelfopgewekte elektriciteit uit Sluiskil naar haar afnemer, omdat dit transport door de afnemer geregeld diende te worden, hetgeen deze, zo had Norsk Hydro begrepen, ook gedaan heeft.

77. Norsk Hydro stelt dat zij ontvankelijk is in haar bezwaar tegen de wijze waarop de d-g NMa de hoogte van de boete heeft vastgesteld. Als onderneming die verzocht heeft om op te treden tegen Sep, heeft zij er belang bij dat vastgesteld wordt of het handelen van Sep dat voor 9 april 1998 of na 12 oktober 1998 heeft plaatsgevonden ongeoorloofd is geweest.

78. Van de zijde van de d-g NMa is betoogd dat in het bestreden besluit een juiste interpretatie is gegeven aan de Elektriciteitswet 1989. Volgens de Memorie van Toelichting is het onmogelijk om op een andere manier dan door na te gaan of de doorgeleverde hoeveelheid elektriciteit de hoeveelheid zelfgeproduceerde elektriciteit overtreft, te bewijzen of de zelfopwekker/importeur de ingevoerde elektriciteit doorlevert. Voor het geval dat op enig moment door onvoorziene omstandigheden de zelfproductie van de importeur valt, kunnen afspraken gemaakt worden. Overeengekomen kan bijvoorbeeld worden dat in dergelijke gevallen het surplus aan Sep vervalt.

79. Gezien de interpretatie die aan de Elektriciteitswet moet worden gegeven

bestond er geen objectieve rechtvaardiging voor Sep om het transport van de in te voeren elektriciteit te weigeren. Sep had de naleving van de Elektriciteitswet 1989 kunnen garanderen door in het contract met Sep dezelfde clausule op te nemen als vastgelegd is in het contract met Parenco, die ook zelfopwekker en importeur van elektriciteit is. De handelwijze van Sep is tegelijkertijd te kwalificeren als een weigering om te transporteren en als een discriminatoir optreden.

80. Gezien de beperkte ruimte aan concurrentie die de Elektriciteitswet 1989 bood, is de handelwijze van Sep waardoor de mogelijkheden aan concurrentie die nog wel voorhanden waren beperkt werden, een ernstige inbreuk op artikel 24, eerste lid, Mw. De d-g NMa heeft binnen de discretionaire bevoegdheid waarover hij beschikt, gemeend recht te doen aan de ernst van de overtreding door een boete van 14 miljoen gulden op te leggen. Daarbij is rekening gehouden met de beperkte duur van de overtreding. Van de zijde van de d-g NMa wordt meegedeeld dat er nog geen boetebeleid op schrift is gesteld.

81. Namens de d-g NMa is herhaald dat Hydro Energy niet ontvankelijk is in zijn aangevoerde bezwaren. Daarnaast is volgens de d-g NMa de overtreding van Sep pas begonnen op 9 april 1998, omdat toen de onderhandelingen zijn afgebroken. De feiten die na 12 oktober 1998 hebben plaatsgevonden zijn niet beoordeeld, omdat het rapport dat naar aanleiding van de handelwijze van Sep is opgemaakt, geen betrekking heeft op deze feiten. Er is geen onderzoek gedaan naar een verdere voortzetting van de overtreding door Sep; hierom is ook niet gevraagd door Norsk Hydro.

6 Beoordeling

82. Voor een goede beoordeling van de vraag of Sep artikel 24, eerste lid, Mw, heeft overtreden, moet eerst ingegaan worden op de volgende twee vragen. Was het voornemen van Norsk Hydro om namens zijn dochteronderneming Norsk Hydro die zelf elektriciteit produceert, tegelijkertijd elektriciteit te importeren en elektriciteit door te leveren, in strijd met de Elektriciteitswet 1989? Sloot de Elektriciteitswet 1989 de toepassing van artikel 24, eerste lid, Mw uit?

6.1 Elektriciteitswet 1989

83. De Elektriciteitswet 1989 ging ervan uit dat Sep en de vier elektriciteitsproductiebedrijven zorg droegen voor de openbare elektriciteitsvoorziening. Zij hadden de plicht om Nederland te voorzien van een betrouwbare en doelmatige elektriciteitsvoorziening. De Elektriciteitswet 1989 is ingetrokken door de nieuwe Elektriciteitswet 1998. In het kader van deze nieuwe wet moesten om de onafhankelijkheid van het beheer van de elektriciteitsnetten ten opzichte van de productie en levering van elektriciteit te waarborgen alle netten, die van Sep en die van distributiebedrijven, in separate netbedrijven worden ondergebracht.[6] Voor het landelijke hoogspanningsnet is door Sep een landelijke netbeheerder, TenneT, aangewezen; de Minister van Economische Zaken heeft met deze aanwijzing nog niet ingestemd.[7]

84. Het wettelijke kader voor het onderhavige geschil wordt gevormd door de oude Elektriciteitswet 1989. In deze wet werd gestreefd naar een evenwicht tussen planning en marktwerking. In het kader van de elektriciteitsplanning speelde Sep een belangrijke rol. Op grond van artikel 34 Elektriciteitswet

1989 was de invoer van elektriciteit bestemd voor de openbare voorziening voorbehouden aan de Sep. Distributiebedrijven mochten geen elektriciteit invoeren, omdat dergelijke importen de planning van de elektriciteit in Nederland zouden kunnen doorkruisen. Het importverbod gold niet voor grootverbruikers die elektriciteit voor eigen gebruik wilden invoeren. Met het oog op de planning van de landelijke elektriciteitsvoorziening was het op grond van artikel 37 Elektriciteitswet, behoudens voor Sep, ook verboden om ingevoerde elektriciteit door te verkopen aan derden.

85. Aangezien ten aanzien van door bedrijven zelfopgewekte elektriciteit verder niets was bepaald in de Elektriciteitswet 1989, mocht deze elektriciteit worden geleverd aan derden, distributiebedrijven daaronder begrepen. Op grond van artikel 45 Elektriciteitswet was alleen Sep gerechtigd om hoogspanningsverbindingen (het zogenoemde koppelnet) aan te leggen. Artikel 47 Elektriciteitswet verplichtte Sep en de distributiebedrijven om aan degenen die daartoe een schriftelijk verzoek indienden, een aanbod te doen om tegen betaling voor hen elektriciteit te transporteren. Deze verplichting had volgens de nota naar aanleiding van het eindverslag^[8] bij het voorstel voor de Elektriciteitswet 1989 mede betrekking op de import van elektriciteit uit het buitenland door eindverbruikers en met name door bijzondere grootverbruikers.

86. De Elektriciteitswet 1989 bevatte geen speciale voorziening voor een zelfopwekker die het voornemen heeft om zowel elektriciteit in te voeren als om de door hem zelf geproduceerde elektriciteit door te verkopen. In de Memorie van Toelichting bij de Elektriciteitswet 1989^[9] werd gesteld dat vanwege het absoluut homogeen karakter van elektriciteit niet kan worden nagegaan of de doorgeleverde elektriciteit is ingevoerd dan wel zelf is opgewekt. De Minister van Economische Zaken verklaarde daarom in de Memorie van Toelichting dat voor de betrokkene de meest gunstige uitleg gekozen moet worden. Er moest daarom van uitgegaan worden dat de zelfopwekker de door hem geproduceerde elektriciteit doorlevert, en de gempoteerde elektriciteit gebruikt voor eigen behoefte. Levert hij meer stroom dan hij opwekt dan moet worden aangenomen, dat hij de gempoteerde stroom doorlevert, hetgeen verboden was op grond van de Elektriciteitswet 1989.

Het bestreden besluit

87. Onder verwijzing naar deze passage uit de Memorie van Toelichting heeft de d-g NMa in randnummer 111 van zijn besluit in zaak 650 gesteld dat artikel 37 Elektriciteitswet 1989 zich niet verzette tegen het voornemen van Norsk Hydro om elektriciteit te importeren en om zelfopgewekte elektriciteit door te verkopen, aangezien de aan derden door te leveren hoeveelheid elektriciteit niet de hoeveelheid zelfopgewekte elektriciteit overtrof.

Zienswijze Sep

88. Sep heeft hiertegen aangevoerd dat een onderscheid gemaakt diende te worden tussen een back to back situatie (de zelfopwekker gaat importeren om door te leveren) en een situatie van organische samenloop van import, zelfopwekking en doorverkoop van elektriciteit. Voorkomen moest worden dat de planning van Sep zou worden doorkruist, doordat aan distributiebedrijven door middel van de omweg van een zelfopwekker ingevoerde elektriciteit zou worden geleverd. Tevens heeft Sep gesteld, dat de Memorie van Toelichting geen afbreuk mag doen aan de wetstekst en volgens Sep spreekt de Memorie van Toelichting van een vermoeden dat ingevoerde elektriciteit niet

doorgeleverd wordt, zolang de hoeveelheid aan derden geleverde elektriciteit de hoeveelheid zelfopgewekte elektriciteit niet overtreft. Ook zou met intervallen van vijf minuten respectievelijk uren nagegaan moeten worden of de ingevoerde hoeveelheid elektriciteit de hoeveelheid zelfopgewekte elektriciteit overtreft. Sep wijst erop dat Norsk Hydro gedurende een aantal maanden in 1998 een eigen productie heeft gehad van 51 MW, terwijl het importverzoek van Norsk Hydro betrekking had op een continu vast vermogen van 65 MW.

89. Voorts heeft de Sep aangevoerd dat het besluit van de d-g NMa een deugdelijke feitelijke grondslag mist. Vervolgens vestigt Sep de aandacht op feiten die ten onrechte niet zijn vermeld of onderbelicht zouden zijn gebleven in het bestreden besluit. Zo wordt erop gewezen dat Norsk Hydro elektriciteit wilde importeren bij Maasbracht maar dat geen transport is aangevraagd voor de zelfopgewekte elektriciteit bestemd voor Nutsbedrijven Maastricht. Daarnaast wordt een fax van EnTrade aangehaald, waarin vermeld staat dat Nutsbedrijven Maastricht importeren via Norsk Hydro. Hieruit leidt Sep af dat de ingevoerde elektriciteit rechtstreeks aan Nutsbedrijven Maastricht zou worden geleverd. Deze feiten zouden het vermoeden van Sep rechtvaardigen dat Norsk Hydro de Elektriciteitswet 1989 zou overtreden.

Zienswijze Norsk Hydro

90. Norsk Hydro heeft gesteld dat de koper van de door Norsk Hydro zelfopgewekte elektriciteit, verantwoordelijk was voor het transport van deze elektriciteit en dat, bij haar weten, deze daarin ook reeds had voorzien. Tevens heeft Norsk Hydro gesteld dat de productiecapaciteit van Norsk Hydro 105 MW bedraagt, er daadwerkelijk 71 MW wordt geproduceerd met uitzondering van september 1997 toen vanwege technische problemen slechts 51 MW werd opgewekt. Het eigen gebruik van Norsk Hydro lag op gemiddeld 65 MW. Toen de technische problemen zich voordeden, is extra elektriciteit ingekocht.

Zienswijze d-g Nma

91. Namens de d-g NMa is naar voren gebracht dat de Elektriciteitswet 1989 reeds ruimte bevatte voor concurrentie. Zo was er onder deze wet al ruimte voor decentrale opwekking (opwekking door distributiebedrijven en gebruikers/zelfopwekkers) en import van elektriciteit voor eigen gebruik. Aan de andere kant waren aan Sep speciale taken opgedragen, zoals de centrale planning met het oog op een betrouwbare en doelmatig functionerende openbare elektriciteitsvoorziening. Tussen de mogelijkheden van concurrentie en de speciale taak van Sep heeft de wetgever een afweging gemaakt. Een van de uitkomsten van deze afweging is dat zelfopwekkers zowel elektriciteit mogen invoeren als zelfopgewekte elektriciteit mogen doorleveren, zolang de hoeveelheid door te leveren elektriciteit de hoeveelheid zelfopgewekte elektriciteit niet overtreft. Daarnaast is namens de d-g NMa gesteld dat de Elektriciteitswet 1989 niet aan Sep de taak heeft opgedragen om op te treden tegen een dreigende overtreding van de artikelen 34 en 37 van deze wet.

92. De d-g NMa heeft gesteld dat uit de bewoordingen van de Memorie van Toelichting bij artikel 37 Elektriciteitswet voortvloeiende dat, alleen wanneer de importeur/ zelfopwekker meer elektriciteit doorleverde dan dat hij zelf produceerde, vaststond dat deze bepaling was overtreden. De door Sep aangehaalde feiten zijn daarom niet relevant.

Beoordeling

93. De argumentatie van de Sep dat de d-g NMa een onjuiste interpretatie aan de wet heeft gegeven, kan niet gevolgd worden. Noch de wetstekst zelf noch de Memorie van Toelichting, maakt een onderscheid tussen een back tot back situatie en een situatie van organische samenloop van import, zelfopwekking en doorverkoop van elektriciteit. De Memorie van Toelichting stelt zelfs dat het onmogelijk is om ingevoerde elektriciteit te onderscheiden van zelfopgewekte elektriciteit. Het is dus uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever om geen onderscheid te maken. De intentie van de zelfopwekker is derhalve niet van belang.

94. Hoewel de wetstekst voorrang heeft boven de memorie van toelichting, moet in dit verband opgemerkt worden dat de tekst van Elektriciteitswet 1989 geen bepalingen bevat voor de specifieke positie van de zelfopwekker die tevens elektriciteit importeert. De vraag welke regels voor een dergelijk bedrijf gelden, moet derhalve beantwoord worden aan de hand van de wetsgeschiedenis die onder meer is vastgelegd in de Memorie van Toelichting. Terecht heeft de d-g NMa daarom de verboden van artikel 37 en 34 Elektriciteitswet aan de hand van de hierboven aangehaalde passage van de Memorie van Toelichting uitgelegd.

95. Sep kan niet gevolgd worden in de stelling dat de Memorie van Toelichting spreekt van een weerlegbaar vermoeden van aanwending van de ingevoerde elektriciteit voor eigen gebruik door de zelfopwekker. De van belang zijnde passage luidt namelijk als volgt:
Denkbaar is dat een zelfopwekker terzelfder tijd ook nog stroom importeert. In een dergelijk geval zal de voor de betrokkene meest gunstige uitleg van deze bepaling moeten worden gekozen. Daarom zal ervan moeten worden uitgegaan dat een zelfopwekker de door hem geproduceerde elektriciteit doorlevert, en de gempoteerde voor zijn eigen behoefte aanwendt. Levert hij meer dan hij zelf opwekt, dan moet worden aangenomen dat hij de ingevoerde stroom doorlevert, hetgeen op grond van deze bepaling verboden is. [10]

96. Uit de letterlijke bewoordingen van de Memorie van Toelichting volgt dus een verplichting om jegens ondernemingen als Norsk Hydro de meeste gunstige interpretatie toe te passen en de plicht om ervan uit te gaan dat de ingevoerde elektriciteit strekt voor eigen gebruik, zolang de import de eigen productie niet overtreft.

97. Sep kan niet gevolgd worden in de stelling dat het feitenonderzoek van de d-g NMa ondeugdelijk is geweest. De feiten waarmee de d-g NMa volgens Sep rekening had moeten houden, geven geen antwoord op de vraag of de hoeveelheid doorgeleverde elektriciteit groter is dan de hoeveelheid zelfopgewekte elektriciteit. Zoals reeds is gesteld, is de wetgever van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 ervan uitgegaan dat niet vast te stellen is of de doorgeleverde elektriciteit ingevoerd of zelf opgewekt is. Alleen de rekensom van de doorgeleverde elektriciteit en de zelfopgewekte elektriciteit kan onomstotelijk aantonen dat de ingevoerde elektriciteit al dan niet is doorgeleverd.

98. Sep heeft erop opgewezen dat in 1997 gedurende een aantal maanden de productie bij Norsk Hydro slechts 51 MW is geweest, terwijl Norsk Hydro voor 1998 een aanvraag indiende voor transport van ingevoerde elektriciteit van 60 MW. Eventuele problemen met betrekking tot de eigen productie kunnen echter geen gerechtvaardigde reden zijn om het transport van de ingevoerde elektriciteit te weigeren. Voor de situatie dat de eigen productie van de

zelfopwekker/importeur op enig moment, bijvoorbeeld voor een klokuur, loopt, kunnen immers, gelijk namens de d-g NMa terecht is opgemerkt, afspraken gemaakt worden. Overeengekomen kan bijvoorbeeld worden dat het overschot vervalt aan Sep. Ook Sep heeft uiteengezet dat, indien een wijziging ten aanzien van het vermogen van de installaties van de zelfopwekker optreedt, het eventuele verschil kan worden opgesoupeerd door Sep. De mogelijkheid dat bij de zelfopwekker met betrekking tot de eigen productie zich problemen kunnen voordoen, vormt geen rechtvaardiging voor de conclusie dat de ingevoerde elektriciteit waarschijnlijk zal worden doorgeleverd, nu deze zelfopwekker gemiddeld 71 MW produceert en zijn elektriciteitsbehoefte op gemiddeld 65 MW ligt, terwijl hij niet meer dan 60 MW wil importeren.

99. Niet is gebleken dat de import van elektriciteit door Norsk Hydro op gespannen voet met de Elektriciteitswet 1989 stond. Tevens moet erop gewezen worden dat, zoals de d-g NMa terecht heeft opgemerkt, het toezicht op de naleving van de artikelen 34 en 37 Elektriciteitswet 1989 niet tot de taakstelling van Sep behoorde. Deze bepalingen werden op grond van artikel 57 Elektriciteitswet strafrechtelijk gehandhaafd. Optreden tegen eventuele dreigende overtredingen van de Elektriciteitswet was een aangelegenheid van het Openbaar Ministerie en niet van Sep. Een en ander impliceert dat Sep op grond van artikel 47 Elektriciteitswet verplicht was om aan Norsk Hydro die daartoe een schriftelijk verzoek had ingediend, een aanbod te doen om tegen betaling voor haar elektriciteit te transporteren. Zoals reeds in randnummer 85 is opgemerkt had artikel 47 Elektriciteitswet mede betrekking op de import van elektriciteit uit het buitenland door eindverbruikers en met name door bijzondere grootverbruikers.

6.2 Formele toepasselijkheid van de Mededingingswet

Het bestreden besluit

100. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa gesteld dat Sep economische activiteiten verricht en derhalve als onderneming in de zin van de Mw is te beschouwen. De Mw bevat algemene mededingingsregels die gelden voor alle bedrijven en sectoren. Volgens de d-g NMa is de Mededingingswet ook van toepassing op de gedragingen van Sep, aangezien de Elektriciteitswet 1989 geen specifieke regeling kent die als *lex specialis* derogerende werking heeft ten aanzien van de Mw. De Elektriciteitswet 1989 heeft niet tot strekking een exclusieve regeling te treffen met betrekking tot het toezicht op de mededinging. Aan de ene kant bevatte artikel 48 van deze wet een procedure die ertoe kon leiden dat de Minister van Economische Zaken Sep zou kunnen dwingen tot het verrichten van transportdiensten. Aan de andere kant was de doelstelling van de Elektriciteitswet de verwezenlijking van een betrouwbare, doelmatige en maatschappelijke verantwoorde elektriciteitsvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten, terwijl de Mw als doelstelling kent het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen. Een procedure op grond van de Mw kent een andere invalshoek dan een procedure op grond van de Elektriciteitswet 1989. Daarnaast bevatte de oude Elektriciteitswet 1989 geen bepaling die de toepasselijkheid van de Mw uitzonderde en kent artikel 24 Mw geen uitzondering van het verbod van misbruik van economische machtspositie voor gedragingen van ondernemingen die actief zijn op het gebied van transport van elektriciteit.

Zienswijze Sep

101. Hiertegen heeft Sep ingebracht dat de Elektriciteitswet 1989 streefde

naar een evenwicht tussen planning en marktwerking. In het kader van de speciale procedure van artikel 48 van deze wet kon de minister een bindend besluit vaststellen ten aanzien van de inhoud van de transportverplichtingen en daarbij een afweging maken tussen planning en marktwerking in de elektriciteitssector. In geval van samenloop van geschillenbeslechtingmechanismen zou de d-g NMa naar de mening van Sep zich houdend moeten opstellen, om zo forum shopping te voorkomen. Ten onrechte heeft de d-g NMa daarom, volgens Sep, de Mw in het onderhavige geschil toegepast, ook al heeft Norsk Hydro geen beroep op de procedure van artikel 48 van de Elektriciteitswet 1989 gedaan.

Zienswijze Norsk Hydro

102. Volgens Norsk Hydro was de d-g NMa bevoegd de Mw toe te passen op het onderhavige geschil, omdat de elektriciteitssector niet is uitgesloten van het toepassingsbereik van deze wet.

Zienswijze Nma

103. Van de zijde van de d-g NMa is beklemtoond dat de Mededingingswet de algemene mededingingsregels bevat die ook van toepassing zijn op de elektriciteitssector. Gewezen is op de Nota naar aanleiding van het verslag bij het voorstel voor de Mw, waarin de Minister van Economische Zaken stelde dat ook in sectoren als de elektriciteitssector waarvoor bijzondere wetgeving bestaat, de algemene mededingingsregels van kracht zullen zijn.[11] Voorts is gesteld dat, aangezien de wetgever bij de invoering van de Mw niet heeft bepaald dat de procedure van artikel 48 Elektriciteitswet 1989 een uitputtend karakter heeft, de d-g NMa bevoegd is artikel 24, eerste lid, Mw, toe te passen op het onderhavige geschil.

Beoordeling

104. Over de formele toepasselijkheid van de Mw in deze procedure, moet allereerst worden opgemerkt dat de d-g NMa er terecht op gewezen heeft dat de Mw de algemene mededingingsregels bevat die gelden voor alle bedrijven en sectoren. Dit blijkt onder meer uit de namens de d-g NMa aangehaalde Nota naar aanleiding van het verslag bij het voorstel voor de Mw. Ook tijdens de behandeling in de Tweede Kamer der Staten Generaal van het voorstel voor de Mw heeft de Minister van Economische Zaken duidelijk benadrukt dat deze wet de generieke regelgeving voor de mededingingsaspecten bevat, tenzij specifieke regelgeving hierop een uitzondering maakt.[12] Bij wijze van voorbeeld heeft de Minister verwezen naar de toepassing van de Mw in de specifieke sector van de elektriciteit en gesteld dat in deze sector de rol van de d-g NMa nevensgeschikt en niet ondergeschikt is aan een specifieke regulator. [13] In een ander voorbeeld dat ontleend was aan de verzekeringssector stelde de Minister van Economische Zaken dat ten aanzien van de afschaffing van de maximumprovisieregeling de d-g NMa bevoegd is wat de uitvoering van de Mw betreft terwijl de inperking van solvabiliteitsrisicos een zaak van de Verzekeringkamer is.[14]

105. Het uitgangspunt is derhalve dat ook in sectoren waar de marktwerking gebreken vertoont en die onderworpen is aan specifieke wetgeving, de Mw, waaronder het verbod van misbruik van economische machtspositie uit artikel 24, eerste lid, van toepassing is. Dit is slechts anders, indien een wettelijke regeling uitdrukkelijk anders bepaalt.

106. De Elektriciteitswet 1989 kende geen uitdrukkelijke bepaling die de toepasselijkheid van de Mededingingswet uitzonderde. Ook bevat de Mededingingswet geen voorziening op grond waarvan het verbod van misbruik van economische machtspositie niet toegepast kon worden in een bepaalde sector als die van de elektriciteit.

107. In dit verband merkt de Adviescommissie op dat in de Mw ter voorkoming van samenloop van toezicht de wetgever ervoor gekozen heeft voor het kartelverbod van artikel 6 een aparte voorziening te treffen in artikel 16; tevens bevat de paragraaf over het concentratietoezicht uit de Mw een aantal uitzonderingen op de bevoegdheden van de d-g NMa. De paragraaf over het verbod van misbruik van economische machtspositie bevat daarentegen geen enkele voorziening over het samengaan van de bevoegdheid van de d-g NMa met die van andere bestuursorganen. Het staat derhalve aan de d-g NMa vrij, ook in gevallen waarin andere toezichthouders bevoegd zijn, om artikel 24, eerste lid, Mw, toe te passen, zolang deze bevoegdheid niet is ingeperkt door specifieke wetgeving.

108. Noch de Elektriciteitswet 1989 zonderde de toepasselijkheid van de Mw in de elektriciteitssector expliciet uit, noch de Mw bevat voor het verbod van misbruik van economische machtspositie een uitzondering toegespitst op de gedragingen van ondernemingen die actief zijn op het terrein van het transport van elektriciteit. Terecht heeft d-g NMa erop gewezen dat hij op grond van de Mw bevoegd is toezicht te houden op de concurrentieverhoudingen in de elektriciteitssector, terwijl de Minister van EZ op grond van artikel 48 Elektriciteitswet destijds sectorspecifiek toezicht kon uitoefenen met het oog op de goede elektriciteitsvoorziening. Niet valt daarom in te zien, waarom de d-g NMa, gelijk Sep betoogt, zich houdend moet opstellen, nu het toezicht van de d-g NMa de handhaving van de algemene mededingingsregels tot onderwerp heeft, terwijl het toenmalige toezicht van de Minister van Economische Zaken een andere doelstelling kende. De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat de d-g NMa bevoegd was de gedragingen van Sep te toetsen aan artikel 24, eerste lid, Mw.

6.3 Materiele toepasselijkheid van artikel 24, eerste lid, Mw

109. Artikel 24, eerste lid, Mw luidt als volgt:

Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

Het bestreden besluit

110. In het bestreden besluit beschouwde de d-g NMa als afzonderlijke dienstenmarkt het transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsnetten met een voltage van ten minste 220 kV. Volgens de d-g NMa is transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW over langere afstanden in principe alleen rendabel via dergelijke hoogspanningsnetten. Hij wees er echter ook op dat het voor het onderhavige geval niet uitmaakt of de dienstenmarkt ruimer zou worden gedefinieerd, door ook de 110 en 150 kV transportnetten tot de relevante markt te rekenen. Omdat het transport leidinggebonden is valt de geografische markt samen met het grondgebied waarover het hoogspanningsnet zich uitstrekt; in het onderhavige geval is dat Nederland.

111. De d-g NMa stelde in zijn bestreden besluit vast dat Sep over een economische machtspositie beschikte. Wat het grensoverschrijdende transport betreft, beschikt Sep als enig bedrijf in Nederland over het koppelnet dat directe verbinding heeft met transportnetten voor elektriciteit in het buitenland met een nominale spanning van meer dan 220 kV. De grensoverschrijdende transportverbinding van Delta werd als technisch minder geschikt beschouwd voor doorlopend transport van een actief vermogen van 25-75 MW, omdat deze verbinding alleen ingeschakeld mag worden in noodgevallen en van deze verbinding mag ook alleen gebruik worden gemaakt met toestemming van Sep vanwege bedrijfstechnische redenen. Voor transport van elektriciteit binnen Nederland wordt gebruik gemaakt van het koppelnet van Sep (220/380 kV). Transport via de 110/150 kV-netten is technisch gezien minder geschikt gezien het transportverlies door de lagere spanning. Daarnaast mocht Delta geen transport van elektriciteit over zijn 150 kV koppelnet verzorgen, omdat dit in strijd was met bedrijfsvoeringcriteria van Sep. De d-g NMa trok daaruit de conclusie dat ook al zouden de regionale 110 en 150 kV koppelnetten tot de relevante markt gerekend worden, Sep over een machtspositie beschikte ten aanzien van het interregionale transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 Mw.

112. De d-g NMa stelde vervolgens dat het koppelnet van Sep beschouwd moet worden als een essentiële faciliteit. In beginsel is Sep daarom gehouden om de transportdiensten te verrichten, tenzij er zwaarwegende, objectieve redenen zijn om daarvan af te zien. Aangezien het voornemen van Norsk Hydro geen overtreding van de Elektriciteitswet 1989 opleverde, bestonden deze zwaarwegende objectieve redenen niet. Daarnaast had Sep met verschillende ondernemingen contracten afgesloten voor het transport van gempoteerde elektriciteit, waaronder met een bedrijf dat ook zelf elektriciteit opwekte. In deze contracten was bepaald dat de gempoteerde elektriciteit niet mocht worden doorgeleverd en wanneer dit wel gebeurde, kon Sep het transport met onmiddellijke ingang staken.

113. De weigering om transportdiensten te verrichten ten behoeve van door Norsk Hydro gempoteerde elektriciteit dan wel de daarmee gelijk te stellen eis van naleving van de door Sep geformuleerde voorwaarden, leverde volgens de d-g NMa misbruik van economische machtspositie op. Het stellen van de voorwaarde aan Norsk Hydro dat geen elektriciteit geleverd mocht worden aan distributiebedrijven is onaanvaardbaar, omdat deze voorwaarde niet aan andere bedrijven is gesteld. Door met een andere zelfopwekker/importeur wel een contract af te sluiten, waarin alleen de voorwaarde van naleving van de Elektriciteitswet 1989 was opgenomen, discrimineerde Sep, hetgeen ook misbruik oplevert.

Zienswijze Sep

114. Sep stelt in zijn bezwaarschrift dat iedere motivering ten aanzien van de afbakening van de relevante productmarkt tot interregionaal transport van elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsnetten van 220 KV ontbreekt. De transportverbindingen binnen Nederland zouden niet tot deze relevante markt behoren, omdat het gedrag van Sep hierop geen betrekking had. Ook zou het besluit niet duidelijk maken waarom transport via de verbindingen van Delta technisch niet geschikt was en waarom Sep dit transport zou kunnen verbieden als daarvoor geen bedrijfsvoeringstechnische redenen zouden bestaan. Sep zou derhalve niet beschikken over een economische machtspositie of een essentiële faciliteit. Sep heeft eveneens gesteld dat de relevante geografische markt niet goed is afgebakend. Er zou

een aparte markt zijn voor het transport over verbindingen binnen Nederland en een aparte markt voor transport tussen Nederland en het buitenland. Aangezien de handelwijze van Sep alleen betrekking heeft op de laatstgenoemde markt, zou alleen deze markt relevant zijn.

115. Ten tijde van de hoorzitting heeft Sep toegegeven dat het een feit van betrekkelijk algemene bekendheid is dat voor transport van elektriciteit over langere afstand het koppelnet van (vroeger) Sep (thans TenneT) de meest aangewezen verbindingen zijn. Zonder gebruikmaking van dit net had Norsk Hydro geen elektriciteit over een afstand van circa 230 km (van Maasbracht naar Borssele en van Borssele naar Maasbracht) kunnen transporteren. Wel heeft Sep betoogd dat, hoewel zij eigenaar was van het koppelnet, zij niet beschikte over een essentiële faciliteit, aangezien het beheer van dit koppelnet gebonden was aan de wettelijke regels die vastgesteld zijn in het kader van de marktordening voor elektriciteit.

116. Sep ontkent tevens dat haar gedrag als misbruik is te beschouwen. Volgens Sep is zij steeds geconfronteerd geweest met een verzoek om ingevoerde elektriciteit te transporteren binnen een betrekkelijk korte termijn. Als voorwaarde voor inwilliging van dit verzoek heeft Sep gesteld dat de Elektriciteitswet niet mocht worden overtreden: de ingevoerde elektriciteit mocht door Norsk Hydro niet worden doorgeleverd aan distributiebedrijven. Volgens Sep heeft zij op 9 april 1998 niet geweigerd te leveren, maar slechts een tussentijdse stellingname ingenomen in het kader van voortgaand overleg tussen Sep en Norsk Hydro, waarop Norsk Hydro niet heeft willen reageren. Op 9 april 1998 heeft Sep zich bereid verklaard een onafhankelijke derde in te schakelen die kon bevestigen dat er niet geleverd zou worden aan een distributiebedrijf. Tevens was het stellen van de voorwaarde dat de Elektriciteitswet 1989 niet mocht worden geschonden niet te beschouwen als misbruik. Ook heeft Sep niet gediscrimineerd, omdat de bedrijven waarmee Sep wel contracten voor het transport van de geporteerde elektriciteit heeft afgesloten, zich in een andere positie bevonden. Het andere bedrijf dat zowel importeerde als zelf elektriciteit opwekte, voerde 9 MW op jaarbasis in, hetgeen in vergelijking met de eigen behoefte (ongeveer 80 MW) en de eigen productie (ongeveer 45 MW) van dit bedrijf slechts een geringe hoeveelheid is. Dit gold niet voor Norsk Hydro. Daarnaast is niet duidelijk gemaakt op welke wijze Norsk Hydro benadeeld is in zijn mededingingspositie door het gedrag van Sep.

Zienswijze Norsk Hydro

117. Norsk Hydro heeft betoogd dat het transport van elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsnetten van 220 KV de relevante markt vormt. Voor de import uit het buitenland bestaan volgens Norsk Hydro geen praktische alternatieven voor de transportverbindingen die ten tijde van het onderhavige geschil in eigendom van Sep waren. Tevens is er ook geen praktisch alternatief voor het koppelnet van (toen nog) Sep voor het interregionaal transport binnen Nederland.

118. Norsk Hydro heeft voorts gesteld dat Sep door voorwaarden te stellen die restricties op de invoer- en verkoopactiviteiten van Norsk Hydro zouden vormen, misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie. De voorwaarde van Sep dat Elektriciteitswet 1989 niet mocht worden overtreden was verdacht, omdat het hierbij ging om een voorwaarde die gebaseerd was op de wetsinterpretatie van een leverancier die er belang bij heeft om niet te leveren. Het handelen van Sep is ook als discriminatie aan te merken, aangezien aan

Norsk Hydro andere voorwaarden werden gesteld dan aan andere ondernemingen. Deze discriminerende handelwijze berokkende Norsk Hydro nadeel in zijn mededingingspositie met Sep hetgeen, volgens Norsk Hydro onder verwijzing naar rechtsoverweging 164 van het arrest van Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak Irish Sugar[15] misbruik oplevert.

Zienswijze d-g Nma

119. Van de zijde van de d-g NMa is benadrukt dat transport van elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW over langere afstanden slechts rendabel is door middel van hoogspanningsverbindingen van tenminste 220 kV. Transport via regionale netwerken is geen alternatief vanwege de transportverliezen. Hieraan werd nog toegevoegd dat niet voor elk traject binnen Nederland verbinding via regionale netwerken voor handen is. Alleen Sep beschikt over hoogspanningsverbindingen van tenminste 220 kV. Ook is weer naar voren gebracht dat Sep als enige over verbinding met het buitenland beschikt en dat de grensoverschrijdende verbinding van Delta niet geschikt is. Sep beschikt derhalve over een machtspositie en een essentiële faciliteit. Namens de d-g NMa is gesteld dat bij de afbakening van de relevante geografische markt geen onderscheid gemaakt kan worden tussen transport binnen Nederland en transport tussen Nederland en het buitenland, aangezien voor de afnemer het transport binnen Nederland onlosmakelijk is verbonden met het transport vanuit het buitenland naar Nederland toe.

120. Van de zijde van NMa is betoogd dat voor Sep levering als uitgangspunt gold. Sep heeft een onjuiste interpretatie gegeven aan de Elektriciteitswet 1989 en ten onrechte het transport van de gempoteerde elektriciteit niet verzorgd voor Norsk Hydro. Ook is er sprake van discriminatie, omdat Sep niet genoegzaam heeft aangetoond waarin de positie van Norsk Hydro verschilde ten opzichte van die van de bedrijven waarmee Sep wel contracten voor het transport van de gempoteerde elektriciteit had gesloten. Ook deze bedrijven kunnen de gempoteerde elektriciteit doorleveren, terwijl een van deze bedrijven zelf ook elektriciteit opwekt. Voorts stelde de d-g NMa onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof,[16] dat voor het bestaan van discriminatie niet vereist is dat de verschillende afnemers van het bedrijf dat over een machtspositie beschikt, met elkaar in concurrentie staan. Waarbij nog opgemerkt werd dat afnemers van Sep ten aanzien van de levering van zelfopgewekte elektriciteit aan derden op de Nederlandse markt wel met elkaar en met de aandeelhouders van Sep (potentieel) concurreren.

Beoordeling

Relevante markt

121. Ter beantwoording van de vraag of Sep misbruik van zijn economische machtspositie heeft gemaakt moet allereerst de relevante productmarkt en de relevante geografische markt worden afgebakend.

122. Aangezien de Mw nauw aansluit bij het mededingingsrecht uit het EG-verdrag,[17] moet bij de interpretatie en de toepassing van deze wet de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in acht worden genomen. Uit vaste rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en van het Hof van Justitie blijkt dat als de relevante productmarkt moet worden omschreven de markt van producten die door hun kenmerken bijzonder geschikt zijn om in een onelastische behoefte

te voorzien en slechts in geringe mate door andere producten kunnen worden vervangen.[18] Onder meer uit de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht[19] blijkt dat bij de afbakening van de relevante productmarkt gekeken moet worden naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de potentiele concurrentie, waarbij de vraagsubstitutie vanuit economisch oogpunt de doorslaggevende factor is.

123. Het is derhalve van belang om na te gaan welke mogelijkheden er bestaan voor bedrijven die gempoteerde elektriciteit willen transporteren. De onderhavige zaak heeft betrekking op een verzoek voor transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW. Norsk Hydro wilde namelijk maximaal 60 MW elektriciteit importeren.

124. Uit het door de NMa verrichte onderzoek blijkt dat transport van elektriciteit met een dergelijk hoog actief vermogen over lange afstand alleen rendabel is via hoogspanningsverbindingen van 380/220 kV. Sep kan niet gevolgd worden in de stelling dat iedere motivering ten aanzien van de afbakening van de relevante markt ontbreekt. In de eerste plaats heeft de d-g NMa gesteld dat bij interregionaal transport van elektriciteit in beginsel gebruik wordt gemaakt van het landelijke koppelnet met hoogspanningsverbindingen met een spanning van 220 en 380 kV. Uit de door distributiebedrijven gegeven inlichtingen blijkt dat deze bedrijven nog nooit interregionaal elektriciteit hebben getransporteerd zonder gebruikmaking van het koppelnet van Sep. In de tweede plaats heeft de d-g NMa aangegeven dat transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW door middel van regionale hoogspanningsnetten met een spanning van 110/150 kV niet rendabel is. Terecht is van de zijde van de NMa gewezen op het hoge transportverlies en op de omstandigheid dat niet voor elk transport een regionale verbinding voor handen is. Van de zijde van Sep is tevens toegegeven dat voor transport van elektriciteit over langere afstand het koppelnet van (vroeger) Sep (thans TenneT) de meest aangewezen verbinding is. Zoals namens de d-g NMa reeds gesteld is, heeft ook de Commissie in de reeds aangehaalde zaak IJsselcentrale aangegeven dat er geen rele alternatieven zijn voor de internationale verbindingen van het koppelnet van Sep bij import van elektriciteit. De relevante productmarkt is derhalve het transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW via hoogspanningsverbindingen met een spanning van 220 en 380 kV.

125. De d-g NMa heeft gesteld dat het voor de beoordeling van de klacht van Norsk Hydro niet uitmaakt of het transport van elektriciteit via 110 en 150 kV-netten tot de relevante productmarkt behoort. De d-g NMa is ook nagegaan of Sep over een machtspositie beschikte op de markt zoals die afgebakend diende te worden volgens Sep. In randnummers 130 en 131 wordt daar nader op ingegaan.

126. Sep heeft de afbakening van de relevante geografische markt betwist. Dit is volgens de d-g NMa Nederland. In dit verband heeft de d-g NMa gewezen op de leidinggebondenheid van het transport van elektriciteit. Van de relevante geografische markt kan het transport van elektriciteit binnen Nederland niet uitgezonderd worden. Het argument van Sep, dat zijn gedrag alleen de import betrof, is niet relevant. Van belang is dat import van elektriciteit voor een gebruiker alleen dan aan zijn behoeften beantwoordt, indien deze elektriciteit vervolgens wordt getransporteerd naar het gebied waar hij deze elektriciteit wil aanwenden. Het gehele interregionale transport, ook het onderdeel daarvan

dat plaatsvindt binnen Nederland, behoort tot de geografische markt.

127. Ten overvloede merkt de Adviescommissie op dat het voor de uiteindelijk beoordeling niet uitmaakt of het transport van de ingevoerde elektriciteit een afzonderlijke geografische markt vormt. Aangezien, zoals hierboven reeds is gesteld, alleen Sep de eigendom had van de geschikte verbindingen met het buitenland, neemt zij een dominantie positie in op de markt van het transport van in Nederland gempoteerd elektriciteit.

Economische machtspositie

128. Artikel 1, onder i, Mw definieert het begrip economische machtspositie als een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.[20]

129. Aangezien Sep eigenaar is van de hoogspanningsverbindingen van 380/220 kV, het zogenoemde koppelnet, beschikt hij volgens de d-g NMa over een machtspositie op de relevante productmarkt van het interregionale transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW. Zowel wat het grensoverschrijdende transport als wat het transport binnen Nederland betreft is Sep als enige in staat om elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW te transporteren over lange afstand via hoogspanningsverbindingen van 380/220 kV.

130. Hieraan heeft de d-g NMa nog toegevoegd dat geen gebruik gemaakt kan worden van de grensoverschrijdende transportverbinding met Electrabel Belgi (een 150 kV hoogspanningslijn) vanwege technische en bedrijfsvoeringstechnische redenen. Ten onrechte stelt Sep dat de d-g NMa deze technische problemen en bedrijfsvoeringstechnische redenen niet heeft toegelicht. De d-g NMa heeft immers betoogd dat de verbinding technisch ongeschikt is, omdat het een enkelcircuitverbinding is, die ongeschikt is voor het doorlopend transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW. Tevens heeft de d-g NMa erop gewezen dat van deze verbinding alleen in noodgevallen gebruik gemaakt mag worden en wel slechts met toestemming van Sep vanwege bedrijfsvoeringstechnische redenen.

131. Daarnaast heeft de d-g NMa, wat het transport binnen Nederland betreft, duidelijk gemaakt dat de regionale 150 kV-verbinding van Delta en PNEM/MEGA die aansluit op de installaties van Norsk Hydro technisch gezien niet bruikbaar is en niet ingezet mag worden voor transport vanwege bedrijfsvoeringstechnisch toezicht van de Sep. De d-g NMa heeft erop gewezen dat de rechtstreekse verbinding van Delta met het transportnet van PNEM/MEGA dient als reserve voor de Sep-verbindingen. Delta heeft dan ook naar aanleiding van vragen van de d-g NMa gesteld dat van deze verbindingen alleen in noodgevallen gebruik gemaakt kan worden. Het bedrijfsvoeringstechnische toezicht van de Sep leidt er dan ook toe dat de Deltaverbindingen niet gebruikt mogen worden voor het transport van elektriciteit door derden.

132. De conclusie is dat Sep een economische machtspositie bezit met betrekking tot het interregionaal transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW. Het maakt hierbij niet uit of de regionale 110 en 150 kV transportnetten tot de relevante markt zouden worden gerekend,

aangezien van deze netten geen gebruik gemaakt kan worden bij transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW.

133. Het koppelnet van Sep vormt een essentiële faciliteit voor het aanbieden van elektriciteitsdiensten. Voor het verrichten van elektriciteitsdiensten, zoals de import van elektriciteit en de levering van elektriciteit aan gebruikers is de toegang tot het koppelnet onontbeerlijk. Zoals in randnummers 130 en 131 reeds gesteld is, vormen andere transportnetten, zoals bijvoorbeeld die van Delta en PNEM/MEGA, geen alternatief voor het interregionale transport van elektriciteit; tevens is het evident dat het opzetten van een concurrerend koppelnet dat een vergelijkbare hoeveelheid elektriciteit moet transporteren als het koppelnet van SEP, economisch onrendabel is en juridisch niet toegestaan was op grond van artikel 45 Elektriciteitswet 1989.[21]

134. De argumentatie van Sep dat, ofschoon zij eigenaar is van het koppelnet, het beheer van dit koppelnet gebonden is aan de wettelijke regels die vastgesteld zijn in het kader van de marktordening voor elektriciteit, doet geen afbreuk aan de stelling dat Sep beschikt over een essentiële faciliteit. Hoewel het eigendom van het koppelnet gereguleerd is door wettelijke bepalingen, had Sep voldoende vrijheid om beslissingen te nemen over het gebruik van dit koppelnet, zoals blijkt uit de feiten van de onderhavige zaak. Sep stelde immers bepaalde voorwaarden aan Norsk Hydro met betrekking tot het transport van de ingevoerde elektriciteit.

Misbruik

135. Onder meer uit de arresten Commercial Solvents,[22] Telemarketing[23] en Tetra Pak[24] blijkt dat een onderneming die over een machtspositie beschikt ten aanzien van een essentiële faciliteit, zich schuldig maakt aan misbruik, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld. In de zaak Sea Containers tegen Stena Sealink[25] stelde de Commissie eveneens dat een onderneming die beschikt over een essentiële faciliteit en aan andere ondernemingen zonder gegronde reden de toegang tot die voorziening ontzegt of die ondernemingen slechts toegang onder minder gunstige voorwaarden verleent, misbruik maakt van zijn economische machtspositie; een onderneming mag niet discrimineren ten gunste van haar eigen werkzaamheden op een verwante markt. De eigenaar van een essentiële faciliteit mag niet door weigering om concurrenten toegang te verlenen tot deze essentiële faciliteit of door aan hen toegang onder minder gunstige omstandigheden te verschaffen, zijn positie op de aanverwante markt beschermen of versterken.

136. Zoals in randnummers 95-97 reeds is gesteld, stond onder het regime van de Elektriciteitswet 1989 alleen vast dat, indien meer elektriciteit zou worden doorgeleverd dan zou worden geproduceerd door een zelfopwekker/importeur, de ingevoerde elektriciteit werd doorgeleverd. Op 26 november 1997 benaderde SK namens Norsk Hydro Sep voor het transport van ingevoerde elektriciteit. Na vervolgbesprekingen met Sep over dit voornemen van Norsk Hydro eiste Sep op 9 januari 1998 dat Norsk Hydro geen elektriciteit zou leveren aan distributiebedrijven, en toen Norsk Hydro op 17 maart aangaf bereid te zijn om de elektriciteit niet te leveren aan distributiebedrijven, eiste Sep op 20 maart 1998 en op 9 april 1998 dat Norsk

Hydro zou bewijzen -bijvoorbeeld door inschakeling van een onafhankelijke deskundige- dat de ingevoerde elektriciteit niet zou worden geleverd aan distributiebedrijven.[26] Door van Norsk Hydro te eisen dat de ingevoerde elektriciteit niet zou worden doorgeleverd aan distributiebedrijven en vervolgens hiervan ook nog een bewijs te vragen, verlangde Sep van deze onderneming voorwaarden te vervullen waartoe zij niet verplicht was op grond van de Elektriciteitswet 1989. Het resultaat van deze handelwijze van Sep was dat aan Norsk Hydro geen aanbod werd gedaan voor het transport van de in te voeren elektriciteit. Het feitencomplex dat bestaat uit het stellen van de omschreven voorwaarden door Sep op 9 januari 1998 en vervolgens op 20 maart 1998 en op 9 april 1998, is daarmee te beschouwen als een weigering.

137. Sep heeft naar voren gebracht dat Norsk Hydro van Sep verlangde om binnen betrekkelijk korte termijn de ingevoerde elektriciteit te transporteren. Deze stelling doet geen afbreuk aan de conclusie dat er sprake is van een weigering. Ook al zou moeten worden aangenomen dat Sep gelijk heeft, dan nog vormt de wijze waarop Norsk Hydro zijn aanvragen voor het transport van elektriciteit heeft geformuleerd, geen rechtvaardiging voor Sep om ongeoorloofde voorwaarden te stellen. Het was immers mogelijk geweest om op een later tijdstip dan verlangd door Norsk Hydro op het verzoek van deze onderneming in te gaan zonder het stellen van de voorwaarden die hierboven aangehaald zijn.

138. De afgeleide markt van die voor het transport van elektriciteit met een actief vermogen van 25-75 MW over een lange afstand, is de markt waarop aan gebruikers als distributiebedrijven en grootgebruikers elektriciteit wordt verkocht, hierna aan te duiden als de elektriciteitsmarkt. Door aan Norsk Hydro te weigeren de ingevoerde elektriciteit te transporteren, belemmerde Sep dat Norsk Hydro zelfopgewekte elektriciteit doorverkocht aan derden. Deze weigering was zonder objectieve noodzaak, nu de artikelen 34 en 37 Elektriciteitswet niet werden geschonden. Norsk Hydro werd op deze wijze benadeeld in zijn concurrentiepositie met de aandeelhouders (de elektriciteitproductiebedrijven) van Sep. De kans bestond dat de mededinging tussen deze aandeelhouders en Norsk Hydro volledig werd uitgeschakeld. Door de weigering van Sep om de ingevoerde elektriciteit te transporteren, ondervonden de aandeelhouders van Sep op de elektriciteitsmarkt immers weinig tot geen concurrentie van de door Norsk Hydro zelf opgewekte elektriciteit. Norsk Hydro was genoodzaakt om de zelfopgewekte elektriciteit voornamelijk voor eigen gebruik aan te wenden. Door te weigeren om te transporteren beschermde Sep de positie van zijn aandeelhouders tegen de concurrentie van Norsk Hydro. Sep heeft derhalve als eigenaar van het koppelnet dat een essentiële faciliteit voor de elektriciteitsmarkt is, misbruik gemaakt van zijn machtspositie.

139. Het in randnummer 136 omschreven feitencomplex levert niet alleen een weigering om te transporteren op, maar is ook te kwalificeren als discriminatie. Voor andere ondernemingen heeft Sep immers wel het transport van gempotteerde elektriciteit verzorgd. Aan deze ondernemingen is de verplichting opgelegd de ingevoerde elektriciteit niet door te leveren. Indien deze verplichting geschonden zou worden, had Sep het recht gehad om het transport te staken. Minstens een van deze ondernemingen, namelijk Parengo, was, evenals Norsk Hydro, zelfopwekker van elektriciteit. Norsk Hydro verkeerde derhalve in dezelfde positie als deze onderneming. Het feit dat Parengo geen elektriciteit doorleverde vormt geen objectief onderscheid, aangezien op grond van de Elektriciteitswet 1989 een dergelijke doorlevering was toegestaan. Ook de omstandigheid dat deze onderneming in vergelijking

met zijn eigen behoefte minder importeerde dan Norsk Hydro is geen objectief onderscheid, aangezien het op grond van de Elektriciteitswet 1989 was toegestaan te importeren voor eigen gebruik, ongeacht hoe groot dit eigen verbruik was. Dat de verhouding tussen de import en de productiecapaciteit bij Parenco anders lag dan bij Norsk Hydro vormt ook geen objectief onderscheid, zolang de doorgeleverde elektriciteit de hoeveelheid zelf opgewekte elektriciteit niet overtrof, hetgeen bij Norsk Hydro het geval was.

140. Gelijk terecht door Norsk Hydro is opgemerkt, heeft Sep door verschillende voorwaarden te stellen ten aanzien van het transport van ingevoerde elektriciteit, de positie van zijn aandeelhouders op de elektriciteitsmarkt beschermd of versterkt ten opzichte van de positie van Norsk Hydro. Onder andere uit het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak Irish Sugar blijkt dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt misbruik van deze machtspositie maakt, indien hij op een afgeleide markt discriminerende handelingen verricht om de mededinging op die markt te beïnvloeden.[27] Door ondernemingen die een verzoek tot transport van de ingevoerde elektriciteit indienden, verschillend te behandelen al naar gelang of zij op de afgeleide elektriciteitsmarkt in concurrentiepositie stonden met zijn aandeelhouders, heeft Sep misbruik gemaakt.[28]

141. De adviescommissie komt tot de conclusie dat Sep artikel 24, eerste lid, Mw heeft overtreden. Het stellen van de voorwaarde door Sep aan Norsk Hydro voor het transport van de ingevoerde elektriciteit dat niet aan distributiebedrijven geleverd mocht worden en vervolgens toen dit bedrijf op dit verzoek inging, van de voorwaarde dat dit bewezen diende te worden, levert zowel een weigering om te transporteren als discriminatoir gedrag op.

6.4 Boete

142. Artikel 56, eerste lid, Mw luidt als volgt:

Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de directeur-generaal de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

- a. een boete opleggen;
- b. een last onder dwangsom opleggen.

143. De hoogte van de op grond van deze bepaling op te leggen boete bedraagt maximaal 1 miljoen, of indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming, zo blijkt uit artikel 57, eerste lid, Mw. Bij de vaststelling van de uiteindelijke hoogte van de boete in het concrete geval moet de d-g NMa, zo bepaalt artikel 57, tweede lid Mw, in ieder geval rekening houden met de ernst en de duur van de overtreding. Daarnaast blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet dat mogelijke recidive, bereidheid van de betrokken ondernemingen om mee te werken aan het beïndigen van de overtreding en behaald voordeel eveneens relevante criteria kunnen zijn voor het bepalen van de hoogte van een op te leggen boete in een concreet geval.[29] In de Memorie van Toelichting wordt niet aangegeven hoe deze criteria in de beschikkingenpraktijk van de d-g NMa toegepast dienen te worden en of andere criteria ook nog een rol spelen. Bij de vaststelling van de hoogte van de op te leggen boete beschikt de d-g NMa derhalve over een ruime

discretionaire bevoegdheid.

144. Het boetebeleid van de Commissie in mededingingszaken kan een referentiekader vormen voor de door de d-g NMa op te leggen boetes. De Mw sluit immers, wat de materiele regels betreft, zoveel mogelijk aan bij het EG-recht. Daarnaast blijkt uit de keuze voor het 10%-criterium bij de vaststelling van de maximale hoogte van de boete dat ook wat dit procedurele aspect betreft aansluiting is gezocht bij het EG-mededingingsrecht, aangezien dit criterium op grond van artikel 15, tweede lid van Verordening nr. 17: Eerste Verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (hierna: Verordening 17) ook geldt voor de boetebevoegdheid van de Commissie. Dit geldt eveneens voor de keuze van de in artikel 57, tweede lid Mw, neergelegde criteria van de ernst en de duur van de overtreding. Deze criteria worden in artikel 15, tweede lid, Verordening 17 ook als relevante criteria genoemd bij oplegging van een boete. Het is derhalve aan de d-g NMa toegestaan om inspiratie te ontleen aan het Europese boetebeleid.[30]

145. Het huidige boetebeleid in het EG-mededingingsrecht is grotendeels gebaseerd op de in 1998 door de Commissie uitgevaardigde Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5 van het EGKS-Verdrag worden opgelegd[31] (hierna: richtsnoeren). Op grond van deze richtsnoeren wordt het bedrag van een geldboete berekend volgens een methode die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij verzwarende omstandigheden verhogingen, en bij verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast. Het basisbedrag van de geldboete wordt vastgesteld aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

146. Bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk dient volgens de richtsnoeren rekening te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt, voor zover deze meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt. Het regelrecht misbruik maken van een machtspositie door een onderneming die vrijwel een monopoliepositie inneemt, merkt de Commissie op grond van deze criteria aan als een zeer zware inbreuk. Voor een dergelijke inbreuk indiceert de Commissie de oplegging van een boete van meer dan 20 miljoen Euro. Als voorbeeld van zware inbreuken worden in de richtsnoeren onder meer verkoopweigering en discriminatie genoemd.

147. Bij de beoordeling van de duur van de inbreuk maakt de Commissie in haar richtsnoeren een onderscheid tussen korte, middellange en lange duur. Inbreuken die korter dan n jaar duren kwalificeert de Commissie als kort en voor deze inbreuken hoeft geen verhoging op het basisbedrag te worden gelegd.

148. Nadat de Commissie het basisbedrag op bovenstaande wijze heeft vastgesteld, onderzoekt zij of er verzwarende of verzachtende omstandigheden bestaan die een verhoging of verlaging van de boete indiceren. Voorbeelden van verzwarende omstandigheden zijn: recidive door dezelfde onderneming voor een zelfde type inbreuk, weigering van elke medewerking of zelfs pogingen om het onderzoek te dwarsbomen, de noodzaak om de strafmaat te verzwaren, zodat de boete hoger uitvalt dan het bedrag dat door de inbreuk aan winst is genoten. Voorbeelden van verzachtende omstandigheden zijn: de passieve rol van de onderneming, het beindigen van de inbreuk bij de eerste stappen van de Commissie, de afwezigheid van opzet bij het begaan van de overtreding en het bestaan van

twijfel bij de onderneming over het inbreukmakende karakter van de concurrentiebeperkende gedraging.

Het bestreden besluit

149. De d-g NMa heeft voor de in randnummer 141 omschreven overtredingen aan Sep een boete van 14 miljoen opgelegd. De motivering die de d-g NMa bij de oplegging van deze boete geeft, sluit aan bij de in artikel 57, tweede lid, Mw, genoemde criteria van zwaarte en duur van de overtreding.

150. Volgens de d-g NMa noopt de zwaarte van de inbreuk gepleegd door Sep tot de oplegging van een hoge boete. Sep heeft geweigerd transportdiensten te verrichten voor Hydro en tevens heeft zij door ongelijke voorwaarden te stellen aan dit transport gediscrimineerd. Wanneer hierbij in ogenschouw wordt genomen dat Sep het beheer heeft over een essentiële faciliteit, namelijk het koppelnet, en dat zij een machtspositie heeft op de relevante markt, dan vormt dit volgens de d-g NMa een indicatie voor de oplegging van een hoge boete.

151. Tegenover de zwaarte van de inbreuk op de Mw staat de relatief korte duur van de door Sep begane overtreding. Deze bedraagt volgens de d-g NMa slechts een half jaar, wat zeer kort is. Voor de d-g NMa vormt dit een indicatie voor een lagere boete. Lagere indicaties van de boete worden ook ingegeven door het feit dat Norsk Hydro niet aannemelijk heeft kunnen maken dat zij rechtstreeks schade heeft geleden, het feit dat Sep niet eerder geconfronteerd is geweest met klachten ten aanzien van vergelijkbare feiten als de onderhavige en het feit dat de elektriciteitsmarkt zich in een bijzondere overgangssituatie bevindt van publieke sector naar private sector.

Zienswijze Sep

152. Sep stelt dat de boete te hoog is gezien de omstandigheden waaronder Sep gehandeld heeft. Sep heeft de Elektriciteitswet 1989 te goeder trouw uitgelegd en toegepast. Daarnaast heeft Sep ook constructieve voorstellen aan Norsk Hydro gedaan om tot een wetsconforme oplossing te komen. Verder heeft Sep niet geweigerd de gemporteerde elektriciteit te transporteren voor Hydro; zij heeft slechts voorwaarden gesteld voor haar medewerking aan de invoer van elektriciteit. Op deze gronden kan de inbreuk van Sep niet aangemerkt worden als een zeer zware inbreuk.

153. Volgens Sep is er op grond van de richtsnoeren van de Commissie hooguit sprake van een zware inbreuk en niet van een zeer zware inbreuk. Daarbij is van belang dat de weerslag van het misbruik beperkt is gebleven tot een betrekkelijk smal segment van de communautaire markt, hetgeen voor de Commissie aanleiding gegeven zou hebben om een boete op te leggen tussen 1000 en 1.000.000 Euro. Tevens pleiten voor een verlaging van de boete het feit dat Sep niet recidiveert, Sep cooperatief heeft meegewerkt aan het onderzoek van de d-g NMa en zelfs klager geweest heeft op en medewerking beloofd heeft aan de in artikel 48 Elektriciteitswet 1989 neergelegde procedure voor geschillenbeslechting. Dit alles heeft Sep zeker geen winst opgeleverd, in tegendeel zelfs, Sep heeft omzet en winst gederfd.

154. Als verzachtende omstandigheid bij de oplegging van de boete voert Sep aan, dat het in casu gaat om de eerste krachtens de Mw opgelegde boete ooit, en vergelijking met het buitenland en de boetepraktijk van de Commissie laten zien dat hiermee rekening moet worden gehouden. Tevens stelt Sep dat

als verzachtende omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, de zeer korte duur van de inbreuk en de door Hydro niet daadwerkelijk aantoonbaar geleden schade.

Zienswijze Norsk Hydro

155. Norsk Hydro voert in zijn bezwaarschrift aan dat de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de op te leggen boete de duur van de door Sep gepleegde inbreuk op artikel 24, eerste lid, Mw verkeerd heeft beoordeeld. De aanvang van de overtreding ligt volgens Hydro op 9 januari 1998, omdat Sep op dat moment in een brief aan Norsk Hydro aangegeven heeft geen medewerking te verlenen aan het transport van gempoorde elektriciteit, die in de ogen van Sep in feite bestemd was voor distributiebedrijven.

156. Naast vervroeging van het tijdstip van overtreding stelt Norsk Hydro dat de door Sep gepleegde overtreding ook langer heeft aangehouden. Weliswaar heeft TenneT vanaf 1 oktober 1998 alle activa overgenomen van Sep, maar TenneT is pas per 1 januari 1999 verantwoordelijk gesteld voor het invoeren en transporteren van elektriciteit. Norsk Hydro ondersteunt dit argument met een verwijzing naar de Staatscourant van 16 november 1998 en de correspondentie tussen Norsk Hydro en Sep/TenneT. Hoewel het rapport van 12 oktober 1998 dat krachtens artikel 59 Mw is opgemaakt, alleen betrekking heeft op de feiten tot die datum, verzetten de bewoordingen van deze bepaling volgens Norsk Hydro zich er niet tegen dat ook feiten na de datum van het rapport worden beoordeeld. Desnoods maakt de d-g NMa naar aanleiding van deze feiten een nieuw rapport op.

157. Doordat de door Sep begane overtreding volgens Norsk Hydro eerder aangevangen is en later beïndigd, verandert de duur van de overtreding. Dit zou verdisconteerd moeten worden in de hoogte van de boete. Norsk Hydro voert daar nog bij aan dat de duur van de overtreding wat de gevolgen betreft nog langer is, aangezien zij in de cruciale maanden voorafgaand aan het begin van 1999 geen zekerheid had over de mogelijkheden van transport van de door haar zelfopgewekte elektriciteit. Dit heeft tot gevolg gehad dat Norsk Hydro potentiële klanten verloren heeft, terwijl Sep daarentegen de positie van haar aandeelhouders op de Nederlandse elektriciteitsmarkt heeft veilig gesteld van de concurrentie van de door Norsk Hydro zelfopgewekte elektriciteit.

158. Norsk Hydro stelt belang te hebben bij zijn bezwaar. De vaststelling van de duur van de overtreding is van belang voor de bepaling van zowel de hoogte van de boete als van hetgeen Sep heeft misdaan. Norsk Hydro heeft bij de d-g NMa een verzoek tot handhaving van de Mw ingediend. Norsk Hydro heeft een materieel en objectief bepaalbaar belang, omdat zij ter toetsing wil voorleggen of aan het door haar gedane handhavingsverzoek is voldaan. Norsk Hydro heeft belang bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit, omdat zij het handhavingsverzoek heeft gedaan.

Zienswijze NMa

159. Namens de d-g NMa wordt aangevoerd dat de aan Sep opgelegde boete van 14 miljoen passend is. De d-g NMa blijft bij zijn standpunt dat Sep een zeer zware overtreding heeft begaan door misbruik te maken van haar machtspositie op een markt waarop zij nagenoeg een monopoliepositie inneemt. In dit verband gaat het niet om de weerslag van de gedragingen van Sep op de communautaire markt, maar op de Nederlandse markt gezien het toepassingsbereik van de Mw. Het zeer zware karakter van de overtreding

blijkt uit het feit dat de concurrentiemogelijkheden op de elektriciteitsmarkt die beperkt waren, door het toedoen van Sep zelfs tenietgedaan waren. Dit kwalificeert de d-g NMa als zeer ernstig, omdat de markt en Norsk Hydro in het bijzonder zo verstoken zijn gebleven van de voordelen die door de bedoelde concurrentie gerealiseerd hadden kunnen worden. Deze zienswijze van de d-g NMa wordt ook ondersteund door de richtsnoeren van de Commissie.

160. Een hoge boete was op grond van de bovenstaande argumenten volgens de d-g NMa dan ook gendiceerd. Uitgaande van een bedrag van 10% van de omzet van Sep (6,9 miljard) en het vereiste van afschrikking zou dit een boete hebben gempliceerd van enkele tientallen miljoenen guldens. De d-g NMa is hier echter niet toe overgegaan, omdat de inbreuk minder dan een half jaar heeft geduurd en er verzachtende omstandigheden aanwezig waren, zoals de afwezigheid van recidive en de bijzondere overgangssituatie van de elektriciteitsmarkt.

161. Wat de in andere landen opgelegde boetes betreft, voert de d-g NMa aan dat dit niet ter zake doende is. De d-g NMa dient de boete vast te stellen binnen het voor hem geldende wettelijke kader; boetes die in andere lidstaten worden opgelegd voor vergelijkbare overtredingen zijn niet bepalend.

162. Ten aanzien van het bezwaar dat Norsk Hydro heeft ingediend stelt de d-g NMa primair dat Norsk Hydro niet ontvankelijk is. Norsk Hydro wordt niet rechtstreeks getroffen in een eigen belang, dat persoonlijk en objectief bepaalbaar is. Hiervan kan bij een sanctiebeschikking zoals in het onderhavige geval geen sprake zijn. Daarnaast heeft Hydro ook geen eigen belang bij het bezwaar. De door Norsk Hydro ingediende klacht is grotendeels ingewilligd en Norsk Hydro heeft dus bereikt wat zij beoogde.[32]

163. Subsidiar voert de d-g NMa aan, dat de duur van de overtreding niet verlengd is. De bewijzen die Hydro aanvoert voor vervroeging van het tijdstip van aanvang van de inbreuk volstaan niet. Het tijdstip van beëindiging is ook niet verlaat, omdat het door de d-g NMa uitgevoerde onderzoek afgerond is op 12 oktober 1998. Het gedrag van Sep/TenneT van na dat tijdstip is voor de d-g NMa geen voorwerp van onderzoek meer geweest.

Beoordeling

Ontvankelijkheid bezwaar Hydro Energy

164. Alvorens in te gaan op de hoogte van de boete, dient eerst te worden nagegaan of Norsk Hydro ontvankelijk is in zijn bezwaar. Een natuurlijk of rechtspersoon is op grond van de artikelen 8:1, eerste lid en 7:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht ontvankelijk in zijn bezwaar, indien hij belanghebbende is. Daarvoor is op grond van artikel 1:2, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht, vereist dat het belang van Norsk Hydro rechtstreeks bij het besluit van de d-g NMa in deze zaak betrokken is. Dit wil zeggen dat Norsk Hydro door het bestreden besluit rechtstreeks moet worden getroffen in een eigen belang, dat persoonlijk, actueel en objectief bepaalbaar is.[33]

165. Norsk Hydro heeft er bezwaar tegen aangetekend dat in de hoogte van de boete niet verdisconteerd is dat de overtreding van Sep reeds op 9 januari 1998 is begonnen en pas beëindigd is op 1 januari 1999. De hoogte van de boete heeft echter geen aantoonbare invloed op de belangen van Norsk Hydro.

Het verzoek van Norsk Hydro aan de d-g NMa was om een boete op te leggen naar aanleiding van de overtreding van Sep; dit verzoek is ingewilligd. Norsk Hydro had er persoonlijk belang bij dat opgetreden werd tegen deze overtreding, maar heeft bij de hoogte van de boete geen persoonlijk belang. De boete vormt immers geen schadevergoeding voor Norsk Hydro.

166. Het betoog van Norsk Hydro dat vastgesteld moet worden wat Sep heeft misdaan en derhalve nagegaan moet worden of de voorwaarden die Sep op 9 januari 1998 heeft gesteld en de handelwijze van Sep/TenneT nadat het rapport is opgesteld ook onrechtmatig zijn, kan niet gevolgd worden. Het is immers niet van belang of bijvoorbeeld de overtreding van Sep exact op 9 januari 1998 of op 9 april 1998 begon, maar het gaat erom dat het feitencomplex dat in het rapport aan de orde is gesteld, aanleiding geeft om het handelen van Sep als misbruik te kwalificeren. Nu de d-g NMa het besluit genomen heeft waarin vastgelegd is dat Sep misbruik van zijn economische machtspositie heeft gemaakt waarvan Norsk Hydro nadeel ondervond, en tevens een boete heeft opgelegd, is tegemoet gekomen aan het verzoek van Norsk Hydro.

167. In dit verband merkt de Adviescommissie op dat de feiten die na 12 oktober 1998 zich hebben voorgedaan, in deze procedure niet aan de orde gesteld kunnen worden, nu het rapport hierop geen betrekking heeft. Terecht heeft de d-g NMa gesteld dat Norsk Hydro hiertegen niet kan opkomen, nu zij geen klacht heeft ingediend tegen de voortzetting van de overtreding door Sep.

168. Hoewel de d-g NMa in het bestreden besluit het verzoek van Norsk Hydro heeft afgewezen om een last onder dwangsom op te leggen en om het handelen van Sep in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw te oordelen, heeft Norsk Hydro tegen deze onderdelen van het bestreden besluit geen bezwaar ingediend. Het handhavingsverzoek van Norsk Hydro ten aanzien van de dwangsom en artikel 6, eerste lid, Mw, zijn derhalve in de onderhavige procedure niet aan de orde.

169. Naar het oordeel van de adviescommissie is derhalve Norsk Hydro niet ontvankelijk in zijn bezwaar.

Hoogte boete

170. De bevoegdheid van de d-g NMa om een boete op te leggen wegens misbruik van een economische machtspositie is vastgelegd in artikel 56, eerste lid, Mw. Hetgeen in wetgeving van andere landen hieromtrent is bepaald is derhalve niet van belang. Aangezien de Mw gebaseerd is op het EG-mededingingsrecht, kunnen de normen voor de boete die in dit recht ontwikkeld zijn, wel een belangrijke bron van inspiratie vormen.

171. De stelling van Sep dat d-g NMa een relatief lage boete dient op te leggen, nu het hier om het eerste boetebesluit in het kader van de Mededingingswet gaat en de Commissie bij de eerste mededingingszaken ook lage boetes oplegde, kan evenwel niet gevolgd worden. Ten tijde van de eerste boetes die de Commissie ter zake van de overtreding van de communautaire mededingingsregels oplegde, was het mededingingsrecht een betrekkelijk nieuw rechtsgebied binnen Europa. Heden ten dage is echter ook binnen Nederland, in ieder geval bij bedrijven als Sep die in het verleden ook met het EG-mededingingsrecht zijn geconfronteerd,^[34] het belang van de mededingingsregels bekend. Hieraan moet nog toegevoegd worden dat de Mw aansluit bij het reeds geruime tijd bekende EG-mededingingsrecht.

172. Volgens de d-g NMa rechtvaardigt de ernst van de overtreding een hoge boete. De weigering om transportdiensten te verrichten c.q. de aan Norsk Hydro gestelde voorwaarden vormen naar het oordeel van de d-g NMa een zeer zware inbreuk. Daarbij wordt mede verwezen naar de richtsnoeren van de Commissie en wordt gesteld dat sprake is van regelrecht misbruik. Ook het discriminatoir handelen wordt als een zware inbreuk beschouwd door de d-g NMa.

173. De handelwijze van Sep vormt naar het oordeel van de adviescommissie een zeer zware inbreuk. De voorwaarden die Sep eerst op 9 januari 1998 en vervolgens op 20 maart 1998 en op 9 april 1998 stelde aan Norsk Hydro hadden als resultaat dat de transportdiensten niet geleverd werden. Eerst stelde Sep aan Norsk Hydro de voorwaarde dat niet doorgeleverd zou mogen worden aan distributiebedrijven. Toen Norsk Hydro op deze (in het licht van de Elektriciteitswet 1989 ongerechtvaardigde) voorwaarde inging, stelde Sep vervolgens de voorwaarde dat Norsk Hydro het bewijs van niet-doorlevering aan de distributiebedrijven zou geven. In zijn fax van 20 maart stelde Sep zelfs dat zij nog wilde bezien of een eventueel door Norsk Hydro overgelegd bewijs in haar ogen voldoende was of nog aanleiding zou geven tot bezwaren. Deze als vertragingstactiek te beschouwen handelwijze is gelijk te stellen aan een regelrechte weigering. Hier is sprake van een zeer zware overtreding.

174. Tevens is de handelwijze van Sep als discriminatie te beschouwen, zoals reeds in randnummers 139 en 140 is aangegeven. Door te discrimineren tussen zelfopwekkers/importeurs naar gelang zij doorleverden en daarmee een gevaar voor de concurrentiepositie van zijn aandeelhouders zouden kunnen vormen, beschermde Sep de positie van de aandeelhouders op de afgeleide elektriciteitsmarkt. Hier is sprake van een zeer zware overtreding.

175. Gelijk terecht door de d-g NMa is opgemerkt, leidde de handelwijze van Sep tot beperking van de concurrentiemogelijkheden in de elektriciteitssector die gezien het toen geldende regime reeds beperkt waren. Norsk Hydro en de elektriciteitssector zijn zo gedurende een heel jaar verstoken gebleven van de voordelen van concurrentie die wel mogelijk waren op grond van de Elektriciteitswet 1989, hetgeen eveneens naar het oordeel van de adviescommissie een ernstige inbreuk oplevert.

176. Bij de bepaling van de hoogte van de boete heeft de d-g NMa terecht rekening gehouden met de relatief korte duur van de overtreding gezien de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 57, tweede lid, Mw. Voorts heeft de d-g NMa de afwezigheid van recidive als een verzachtende omstandigheid aangemerkt. Gezien de wetsgeschiedenis bij de Mw en de richtsnoeren van de Commissie heeft de d-g NMa naar het oordeel van de adviescommissie met deze factor terecht rekening gehouden.

177. Naar het oordeel van de adviescommissie behoeft de hoogte van de boete derhalve geen bijstelling.

7 Advies

178. De adviescommissie komt tot de volgende conclusies:

1. Het voornemen van Norsk Hydro om elektriciteit te importeren en om de door haarzelf opgewekte elektriciteit door te leveren stond niet op gespannen

voet met de artikel 34 en 37 Elektriciteitswet.

2. Sep beschikte over een machtspositie op de relevante markt van het interregionaal transport van elektriciteit met een vermogen van 25-75 MW.

3. Sep heeft van zijn machtspositie misbruik gemaakt door voorwaarden aan Norsk Hydro te stellen die tegelijkertijd een weigering om transportdiensten te verrichten en discriminatie opleveren.

4. De hoogte van de boete behoeft geen bijstelling.

179. Het advies van de adviescommissie luidt als volgt.

1. Norsk Hydro dient niet-ontvankelijk verklaard te worden in zijn bezwaar.

2. Het bezwaar van Sep dient volledig ongegrond verklaard te worden.

Den Haag, 6 maart 2000

w.g. Prof.mr. E.H. Hondius

Voorzitter

Subcommissie voor zaak 650 van de Adviescommissie bezwaarschriften
Mededingingswet

w.g. Mr. J.W. van de Gronden

Secretaris

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

[1] Kilovolt (kV).

[2] Kamerstukken II 1985-1986, 19 591, nr. 3, p. 111 en 112.

[3] Kamerstukken II 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 48 en 49.

[4] Beschikking 91/50 van de Commissie van 16 januari 1991 in de zaak IJsselcentrale (zaak IV/32.732), Pb. 1991 L28/32.

[5] Zaak T-228/97 British Sugar, 7 oktober 1999, n.n.g.

[6] Zie artikel 10 e.v. Elektriciteitswet 1998.

[7] Zie kamerstukken II 1999-2000, 25 097, nr. 28, p. 4 en kamerstukken II 1999-2000, 25 097, nr. 32, p. 3

[8] Kamerstukken II 1987-1988, 19 591, nr. 9, p. 8.

- [9] Kamerstukken II 1985-1986, 19 591, nr. 3, p. 111 en 112.
- [10] Kamerstukken II 1985-1986, 19 591, nr. 3, p. 111 en 112.
- [11] Kamerstukken II 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 48 en 49.
- [12] Hand. II 1996-1997, p. 4323.
- [13] Hand. II 1996-1997, p. 4324.
- [14] Hand. II 1996-1997, p. 4356.
- [15] Zaak T-228/97, Irish Sugar, 7 oktober 1999, n.n.g.
- [16] Verwezen werd naar zaak 27/76, United Brands, Jur. 1978, p. 207, ro. 214 en het hierboven genoemde arrest Irish Sugar.
- [17] Kamerstuk II 1995-1996, nr. 3, p. 10.
- [18] Zie bijvoorbeeld zaak 6/72, Continental Can, Jur. 1973, p. 245; zaak T-30/89, Hilti, Jur. 1991, p. II-1439 en zaak C-53/92P, Hilti, Jur. 1994, p. I-693.
- [19] Mededeling van 9 december 1997, Pb. 1997 C372/5.
- [20] Uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel van de Mw blijkt dat deze definitie ontleend is aan de omschrijving van het begrip economische machtspositie in zaak 27/76, United Brands (Jur. 1978, p. 207). Zie Kamerstukken II 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 24.
- [21] Vergelijk rechtsoverwegingen 42-46 van zaak C-7/97, Bronner, Jur. 1998, p. I-7791 en rechtsoverweging 209 van gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services, Jur. 1998, p. II-3141.
- [22] Gevoegde zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents, Jur. 1974, p. 223.
- [23] Zaak 311/84, Telemarketing (Jur. 1985, p. 3261)
- [24] Zaak C-333/94P, Tetra Pak, Jur. 1996, p. I-5987.
- [25] Beschikking 94/19 van de Commissie van 21 december 1993 in zaak IV/34.689, Sea Containers tegen Stena Sealink, Pb. 1994 L15/8.
- [26] Overigens werd, wanneer een importeur/zelfopwekker meer elektriciteit doorleverde dan dat hij zelf produceerde, artikel 37 Elektriciteitswet 1989 geschonden, ongeacht of de elektriciteit werd doorgeleverd aan distributiebedrijven of aan grootgebruikers.
- [27] Zie rechtsoverweging 166 van zaak T-228/97, Irish Sugar, 7 oktober 1999, n.n.g
- [28] In dezelfde zin rechtsoverweging 164 van zaak T-228/97, Irish Sugar.

[29] Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p.

[30] Zie ook Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43.

[31] Mededeling van de Commissie van 14 januari 1998, Pb. 1998 C9/3.

[32] De door Hydro gevraagde last onder dwangsom is niet toegekend, omdat de nuttige werking eraan ontvallen is, nu Sep niet meer in staat is deze uit te voeren.

[33] Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van Bestuursrecht, elfde druk, 1999, Den Haag, p. 105.

[34] Zie bijvoorbeeld Beschikking 91/50 van de Commissie van 16 januari 1991, in de zaak IJsselcentrale (zaak IV/32.732), Pb. 1991 L28/32 en zaak C-36/92P, Sep tegen Commissie, Jur. 1994, p. I-1911.

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontleenen.

