COUPRY

DIGITAAL

Ministerie van Economische Zaken
T.a.v. de heer E. Wiebes
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

mr. [redacted]
advocaat
06 [redacted]
[redacted]@coupry.nl

Datum: 27 oktober 2017
Onderwerp: Reactie Consultatie Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving

Ons kenmerk: 14251
Uw kenmerk:

Geachte heer Wiebes,

In bovengenoemde kwestie heeft Energie-Nederland zich tot mij gewend met het verzoek om namens haar een reactie in te dienen. Deze brief dient als zodanig aangemerkt te worden.

Per 1 september 2017 heeft u de internetconsultatie gepubliceerd inzake het Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving, verder te noemen het Wetsvoorstel. Tot en met 27 oktober 2017 kan een reactie op deze consultatie ingediend worden. Door middel van deze brief maakt Energie-Nederland tijdig gebruik van deze mogelijkheid.

Inleiding

Zoals in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel in hoofdstuk 2.1 is aangegeven, is hoofdstuk 4b van de Mededingingswet ingevoerd ten einde zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden die optreden als aanbieder van goederen of diensten op een markt enerzijds en andere, particuliere ondernemers anderzijds. Op het moment, dat overheden of overheidsbedrijven de markt betreden dienen zij zich ter voorkoming van concurrentie verstoring te houden aan de vier gedragsregels zoals opgenomen in dit hoofdstuk.

Uit de evaluatie blijkt, dat het knelpunt in de huidige wet de algemeenbelanguitzondering is en de wijze waarop overheden gebruik maken van deze uitzondering. Ten einde dit knelpunt weg te nemen wordt in het wetsvoorstel een nieuw artikel 25ha aan hoofdstuk 4b Mededingingswet toegevoegd. Op dit nieuwe artikel zal hierna nader worden ingegaan. Echter, de

Op alle rechtsbetrekkingen met Coupry BV, gevestigd te Den Haag, met KvK 67442293, is Nederlands recht en zijn de algemene voorwaarden van Coupry BV van toepassing, die onder meer een beperking van aansprakelijkheid en een aanwijzing van de bevoegde rechter bevatten. De algemene voorwaarden zijn te raadplegen op www.coupry.nl/nl/algemene-voorwaarden.

Javastraat 14
2585 AN Den Haag

070 5001600
www.coupry.nl

algemeenbelanguitzondering is niet het enige knelpunt. Energie-Nederland is de afgelopen jaren tegen een aanvullend knelpunt aangelopen.

Toepasselijkheid artikel 25i (25ha nieuw) mededingingswet

De afgelopen jaren heeft Energie-Nederland moeten constateren, dat lang niet alle overheidsbedrijven en/of hun zusterbedrijven, verder te noemen overheidsbedrijven, de vier gedragsregels uit hoofdstuk 4b van de Mededingingswet hanteren. Met enige regelmaat worden de leden van Energie-Nederland geconfronteerd met overheidsbedrijven, die (mogelijk) hun producten en/of diensten onder de integrale kostprijs op de markt aanbieden ten gevolge van het feit, dat overheden toestaan, dat (het surplus aan) winst tussen verschillende overheidsbedrijven in een concern van overheidsbedrijven van het ene overheidsbedrijf (netbeheerder) naar het andere overheidsbedrijf (netwerkbedrijf) wordt 'doorgesluisd'. De betrokken overheden nemen dan genoegen met geen of minder dividenduitkering.

Verzoeken om handhaving strandden vaak op een gebrek aan transparantie bij de betrokken overheidsbedrijven en op het feit, dat geen sprake zou zijn van directe bevoordeling in de zin van de sectorspecifieke wetgeving, i.c. de Elektriciteitswet 1998. In de Elektriciteitswet 1998 zijn bepalingen opgenomen, die vergelijkbaar zijn met de artikelen 25j en 25k Mededingingswet. Echter, wij constateren dat de energiewetgeving niet voorziet in een verbod voor decentrale overheden, die aandeelhouder zijn in een netbeheerder of netwerkbedrijf, deze netbeheerder en netwerkbedrijven op de hiervoor genoemde wijze ('doorsluizen') te bevoordelen. Dat brengt mee dat het algemene bevoordelingsverbod van artikel 25j Mw van toepassing is.

Naar de mening van Energie-Nederland is het wenselijk ter bevordering van een gelijk speelveld tussen commerciële bedrijven en overheidsbedrijven en ten behoeve de handhavingspraktijk van ACM, dat dit duidelijk wordt aangegeven in de Memorie van Toelichting van het voorliggende wetsvoorstel. Immers, een overheidsonderneming die zich houdt aan de verplichting tot het in rekening brengen van ten minste de integrale kosten, maakt zich in geen geval schuldig aan enige vorm van verdringingsconcurrentie.

In datzelfde licht constateert Energie-Nederland, dat de energiewetgeving niet voorziet in een voorschrift voor netwerkbedrijven, die zijn verbonden in een groep met netbeheerders, om de integrale kostprijs in rekening te brengen bij afnemers. Wij vragen ons daarom af of de algemene bepaling van 25i van toepassing is op de prijzen van netwerkbedrijven. Voor de handhavingspraktijk van ACM is het wenselijk dat hierover eveneens in de Memorie van Toelichting van het voorliggende wetsvoorstel duidelijkheid wordt verschaft.

Artikel 25ha Wetsvoorstel

Energie-Nederland is verheugd over de voorgestelde aanpassingen ten aanzien van de algemeenbelanguitzondering, zoals opgenomen in Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, te weten een nieuw artikel 25ha. Met betrekking tot dit artikel heeft Energie-Nederland nog de volgende opmerkingen.

Uit de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel blijkt, dat met dit nieuwe artikel 25ha een besluit over een dienst van algemeen belang, aangemerkt moet worden als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Dit betekent, dat bezwaar en beroep mogelijk zijn bij het orgaan, dat het besluit neemt. Energie-Nederland vraagt zich af hoe de verhouding met artikel 25ma Mw dan gezien moet worden. Op grond van dat artikel is het toezicht en de handhaving van hoofdstuk 4b Mw opgedragen aan ACM. Betekent dit, dat het toezicht en de handhaving aan ACM opgedragen blijven?

Op grond van het nieuwe artikel 25ha lid 5 worden bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld over een aantal onderwerpen (motvering, elementen die bij de evaluatie betrokken moeten worden en de wijze van openbaarmaking van het verslag van de evaluatie). Naar de mening van Energie-Nederland zou op deze AMvB afdeling 3.4 Awb van toepassing moeten zijn. Is dat het geval?

Op grond van artikel 5 lid 9 Vrijstellingsbesluit[1] dient een overheidsbedrijf een gescheiden boekhouding te hanteren in het geval het overheidsbedrijf zowel diensten van algemeen economisch belang als andere activiteiten verricht[2]. Energie-Nederland kan zich voorstellen, dat een vergelijkbare bepaling aan artikel 25ha wordt toegevoegd.

Op grond van het nieuwe artikel 25ha lid 4 worden algemeenbelangbesluiten elke vijf jaar geëvalueerd. Onduidelijk is wat er gebeurt als na een evaluatie blijkt, dat het algemeenbelangbesluit niet meer voldoet aan de vereisten.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt de belangenafweging te verbeteren en transparanter te

---

[1] Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen

[2] Artikel 5 lid 9 Vrijstellingsbesluit: *Wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, worden in de interne boekhouding de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten en inkomsten, en die van de andere diensten, gescheiden opgenomen, alsook de parameters voor de toerekening van die kosten en inkomsten.*

maken, door het stellen van eisen aan de motivering van een algemeenbelangbesluit en het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en andere belanghebbenden voordat overheden een algemeenbelangbesluit nemen. Energie-Nederland is van mening, dat de inspraak van ondernemers en andere belanghebbenden gemotiveerd overgenomen of weerlegd dient te worden in het algemeenbelangbesluit. Dit vereiste zou in de AMvB opgenomen dienen te worden.

Uit punt 3.1.3 van de Memorie van Toelichting blijkt, dat het onderhavige wetsvoorstel beoogt de belangenafweging te verbeteren en transparanter te maken, door het stellen van eisen aan de motivering van een algemeenbelangbesluit en het creëren van een inspraakmogelijkheid voor ondernemers en andere belanghebbenden voordat overheden een algemeenbelangbesluit nemen. Het is de bedoeling, dat deze wijzigingen overheden dwingen zorgvuldig aandacht te besteden aan de gevolgen voor ondernemers van het verrichten van een economische activiteit in afwijking van de gedragsregels. Bovendien krijgen ondernemers de gelegenheid zich, voordat een overheid een algemeenbelangbesluit neemt, daarover uit te spreken. Energie-Nederland vraagt zich af of overheden voldoende thuis zijn op de betrokken markten en of zij alle betrokken ondernemers weten te vinden. Energie-Nederland stelt voor in de regelgeving een verplichting voor een openbare marktconsultatie op te nemen.

Uiteraard is Energie-Nederland bereid een nadere toelichting te geven op al hetgeen hiervoor is aangeven.

Uw reactie zie ik met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend