

Ministerie van Economische Zaken Landbouw en Innovatie

Lange Houtstraat 2  
2511 CW Den HaagPer email: [http://www.internetconsultatie.nl/melding\\_wijziging\\_zeggenschap](http://www.internetconsultatie.nl/melding_wijziging_zeggenschap)T. 070 311 43 50  
F. 070 311 43 51  
[www.energie-nederland.nl](http://www.energie-nederland.nl)  
[info@energie-nederland.nl](mailto:info@energie-nederland.nl)  
KvK Den Haag 50816179

Datum 5 april 2012

Onderwerp Internetconsultatie MR Wijziging zeggenschap

Geachte heer/mevrouw,

Op 8 maart 2012 is de consultatie geopend in zake de Regeling melding wijziging zeggenschap Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Energie-Nederland maakt als branchevereniging voor de Nederlandse energiesector graag van de gelegenheid gebruik input te leveren op deze consultatie.

Allereerst zullen enige algemene opmerkingen gemaakt worden. Daarna zal worden ingegaan op enkele specifieke artikelen.

#### 1. **Algemeen**

In artikel 43 van Richtlijn 2009/72/EG en artikel 47 van Richtlijn 2009/73/EG staat dat de lidstaten maatregelen kunnen nemen om voor gelijke mededingingsvoorwaarden te zorgen. Deze maatregelen moeten wel verenigbaar zijn met het Verdrag. De implementatie van deze artikelen heeft plaats gevonden door middel van de introductie van een meldingsplicht in respectievelijk artikel 86f lid 1 Elektriciteitswet en artikel 66e lid 1 Gaswet. In lid 3 van deze artikelen is de bepaling opgenomen, dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot de melding als bedoeld in het eerste lid. In de thans ter consultatie voorliggende ministeriële regeling wordt die meldingsplicht nader uitgewerkt.

In de eerste plaats blijft voor Energie-Nederland onduidelijk hoe de stap is gezet van 'maatregelen ten behoeve van gelijke mededingingsvoorwaarden' zoals opgenomen in de Europese Richtlijnen naar een meldingsplicht bij bepaalde overnames in de Nederlandse wetgeving. Dit aspect heeft Energie-Nederland al eerder uitvoerig bij het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie mede door middel van een memorandum van 31 augustus 2010 aan de orde gesteld. Een kopie van dit memorandum is volledigheidshalve als bijlage bij aan deze brief gehecht.

Kort gezegd blijft Energie-Nederland van oordeel dat deze implementatie in strijd is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Derde Elektriciteitsrichtlijn en Derde Gasrichtlijn voorzien niet in een instemmingsrecht bij overnames van producenten, zodat er geen basis is voor het instemmingsrecht. Derhalve kleven er juridische haken en ogen aan artikel 86f, lid 1 Elektriciteitswet, artikel 66e, lid 1 Gaswet en aan de onderhavige concept ministeriële regeling.

Indien u aan deze bezwaren voorbij gaat dan verzoekt Energie-Nederland u wel artikel 43 lid 2 Richtlijn 2009/72/EG en artikel 47 lid 2 Richtlijn 2009/73/EG in acht te nemen. Daarin is ten eerste opgenomen dat de maatregelen evenredig, niet-discriminerend en transparant moeten zijn. Ten tweede mogen de maatregelen uitsluitend worden toegepast na kennisgeving aan en goedkeuring van de Commissie.

Energie-Nederland is van oordeel dat de concept ministeriële regeling niet-evenredig en niet-transparant is.

De voorliggende ministeriële regeling is *niet-evenredig*, aangezien de termijn van vier maanden te lang is. Bovendien wordt in de bijlage bij de regeling een grote hoeveelheid informatie gevraagd, waarvan het onduidelijk is welke informatie nu echt noodzakelijk is voor de waarborging van de gelijke mededingingsvoorwaarden. Dit punt zal hierna in het artikelsgewijze onderdeel nog nader uiteen worden gezet.

De concept ministeriële regeling is *niet-transparant*, aangezien het onduidelijk is welke informatie de betrokken partijen precies moeten aanleveren. Ook dit punt zal hierna in het artikelsgewijze onderdeel nog nader uiteen worden gezet.

In de tweede plaats ziet Energie-Nederland een duidelijke overlap tussen deze melding en de melding in het kader van andere Nederlandse dan wel Europese regelgeving, zoals bijvoorbeeld de concentratieregelgeving en voor waar het gaat om geplande investeringen en desinvesteringen de Council Regulation (EU, Euratom) No 617/2010 of 24 June 2010 concerning the notification to the Commission of investment projects in energy infrastructure within the European Union. In het kader van de mededingingsrechtelijke regelgeving toetsen de Commissie en de NMa al of een overname de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze kan belemmeren. Deze overlap zorgt naar de mening van Energie-Nederland voor een aanzienlijke (onevenredige) toename van de administratieve lasten.

Energie-Nederland ziet deze overlap als bron van rechtsonzekerheid nu de melding uit hoofde van de respectievelijke richtlijnen ten doel heeft een positieve bijdrage te leveren aan de effectieve

mededinging, terwijl de Nederlandse implementatiewetgeving uitmondend in onderhavige ministeriële regeling zich richt op leveringszekerheid, openbare veiligheid en voorzieningszekerheid. Voorts blijkt uit de Memorie van Toelichting bij artikel 86f Elektriciteitswet 1998 dat de voorgestelde regeling in feite hetzelfde doel heeft als omschreven in de Elektriciteitswet en de daaruit voortvloeiende splitsingswetgeving.

In de derde plaats staat in respectievelijk artikel 43 lid 2 van Richtlijn 2009/72/EG en artikel 47 lid 2 van Richtlijn 2009/73/EG dat dergelijke maatregelen alleen mogen worden toegepast na kennisgeving aan en goedkeuring door de Commissie. Naar de mening van Energie-Nederland dienen zowel artikel 86f lid 1 Elektriciteitswet en artikel 66e lid 1 Gaswet alsmede de voorliggende ministeriële regeling aangemerkt te worden als een maatregel als omschreven in dat tweede lid van de respectievelijke richtlijnen. Voor Energie-Nederland is het tot op heden onduidelijk of een melding in Brussel heeft plaats gevonden en zo ja wat hiervan de status is

Energie-Nederland stelt dan ook voor de melding uit respectievelijk artikel 86f lid 1 Elektriciteitswet en artikel 66e lid 1 Gaswet te scharen onder de melding uit hoofde van de concentratiemeldingsplicht op basis van de Mededingingswet. Dit betekent kort gezegd, dat Energie-Nederland zich kan vinden in een meldingsplicht in het geval dat een (voorgenomen) overname/concentratie meldingsplichtig zou zijn uit hoofde van de daarvoor geldende regels van het mededingingsrecht.

## 2. **Artikelsgewijs**

*Artikel 2 lid 1: De melding geschiedt schriftelijk uiterlijk 4 maanden voor de datum van de voorgenomen wijziging met betrekking tot de zeggenschap.*

Zoals hiervoor is aangegeven is Energie-Nederland van mening dat de termijn van vier maanden te lang is en niet aansluit bij de gebruikelijke praktijk bij overnames van ondernemingen. Gesprekken en onderhandelingen over een eventuele overname nemen veel tijd in beslag. Aan de datum, waarop de handtekening daadwerkelijk wordt gezet, gaan vele maanden van onderhandelen en het uitwisselen van informatie vooraf. In de praktijk blijkt, dat eerst in de laatste weken bepaalde bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt gedeeld. Dit betekent, dat een melding uiterlijk vier maanden voor de datum van de voorgenomen wijziging met betrekking tot de zeggenschap in de praktijk veel te vroeg is. Bovendien is het lastig te bepalen wanneer sprake is van het startpunt van die vier maanden. Overigens is voor Energie-Nederland onduidelijk welk moment hier wordt bedoeld; de datum, dat de overname/wijziging wordt getekend of dat hij is geëffectueerd.

Daarnaast is Energie-Nederland van mening dat de partijen, die betrokken zijn bij een overname, te lang in onzekerheid blijven of de betreffende overname onvoorwaardelijk kan plaats vinden. Dit sluit niet aan bij de praktijk van de concentratiecontrole, die vaste termijnen kent en derhalve rechtszekerheid biedt.

Energie-Nederland stelt voor het artikel op dit punt te herformuleren. De herformulering zou dan de strekking kunnen hebben dat de Minister uiterlijk binnen twee weken na de melding aan partijen mededeelt of hij overweegt voorwaarden te stellen. In het bevestigende geval kan aanvullende

informatie gevraagd worden. In dat geval kan de gewone bestuursrechtelijke procedure voor het nemen van besluiten gevolgd worden.

*Artikel 2 lid 2: De melding bevat ....informatie ..... die relevant kan zijn bij de beoordeling van het mogelijke risico voor de openbare veiligheid, voorzieningszekerheid of leveringszekerheid dat de voorgenomen wijziging in de zeggenschap meebrengt.*

Uit lid 3 van de artikelen 86f lid 1 Elektriciteitswet en artikel 66e lid 1 Gaswet blijkt, dat de Minister op grond van overwegingen van openbare veiligheid, voorzieningszekerheid of leveringszekerheid de wijziging, bedoeld in het eerste lid, kan verbieden of voorschriften hieraan kan verbinden.

In zijn advies bij het wetsvoorstel 32814 (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas) stelt de Raad van State onder meer, dat leveringszekerheid en voorzieningszekerheid onder omstandigheden onder het belang van openbare veiligheid kunnen vallen. Het gaat dan met name om het veilig stellen van de energievoorziening in geval van crises, oorlog of terrorisme. Buiten deze omstandigheden kunnen leveringszekerheid en voorzieningszekerheid alleen als gewettigde belangen worden aangemerkt indien de Commissie deze als zodanig heeft erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Unierecht en in het bijzonder artikel 30 van het EU-Verdrag heeft onderzocht. De te toetsen belangen van leveringszekerheid en voorzieningszekerheid moeten dan wel vooraf omschreven en goedgekeurd worden door de Commissie. Met andere woorden, Energie-Nederland betwijfelt of de invulling van de begrippen 'openbare orde' en 'openbare veiligheid', zoals bedoeld in artikel 30 EU-Verdrag en de "acquis communautaire", een interpretatie zoals volgt uit de beoogde artikelen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet en de daarop gebaseerde ministeriele regeling, wel toelaat.

Energie-Nederland vraagt zich af of de belangen van leveringszekerheid en voorzieningszekerheid zijn omschreven en of zij zijn goedgekeurd door de Commissie. Immers uit de Derde Elektriciteitsrichtlijn en Gasrichtlijn blijkt immers dat alleen de TSO's en DSO's een taak hebben ten aanzien van de voorzieningszekerheid en de leveringszekerheid. Indien dat het geval is, dan vraagt Energie-Nederland zich af hoe die belangen luiden. Ook vraagt Energie-Nederland zich af welke criteria hier gehanteerd worden. De door de Derde Elektriciteitsrichtlijn en Gasrichtlijn voorgeschreven transparantie vereist dat partijen moeten weten welke informatie zij moeten verstrekken en aan welke criteria wordt getoetst, zodat zij de te verstrekken informatie daarop kunnen afstemmen. Energie-Nederland mist in de voorliggende ministeriële regeling duidelijke criteria en een omschrijving van de belangen van leveringszekerheid en voorzieningszekerheid.

Energie-Nederland verzoekt de Minister ten aanzien van deze bepaling gemotiveerd aan te geven wat het toetsingskader zal zijn voor de inhoudelijke beoordeling van de melding op de onderdelen openbare veiligheid, leveringszekerheid en voorzieningszekerheid. Deze informatie is nodig om een melding op adequate wijze in te kunnen dienen. Een alternatief is dat de Minister een meldingsformulier opstelt, zoals dat gebruikelijk is bij meldingen van concentraties aan de NMa of de Europese Commissie. Dergelijke meldingsformulieren komen de transparantie en daarmee eveneens de rechtszekerheid ten goede.

Overigens vraagt Energie-Nederland zich af hoe één (samengevoegde) partij invloed kan uitoefenen op de leveringszekerheid en/of voorzieningszekerheid.

*Artikel 2 lid 2: De melding bevat de in de bijlage aangeduide informatie en aanvullende informatie.*

In de bijlage zijn 4 categorieën van informatie opgenomen:

- Informatie over de betrokken installaties en partijen
- Informatie over de voorgenomen wijziging in de zeggenschap
- Informatie over de vermogenspositie van partijen en de financiering
- Informatie over toekomstige plannen.

De gevraagde informatie is algemeen en breed. Bovendien vertoont de gevraagde informatie voor het merendeel gelijkenissen met de melding die in voorkomend geval dient te worden gedaan bij de Mededingingsautoriteit. Dit lijkt te volgen uit het feit dat in de Nederlandse wetsartikelen een verwijzing is opgenomen naar de Mededingingswet al wordt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 32814, zoals hiervoor genoemd, gesteld dat de toets naar aanleiding van deze melding zich niet richt op mededingingsrechtelijke aspecten.

Het is voor Energie-Nederland onduidelijk wat wordt bedoeld met de vraag onder de eerste categorie: wat zijn de belangrijkste karakteristieken van de betrokken partijen. Energie-Nederland vraagt zich af hoe deze informatie staat in verhouding tot het doel van de oorspronkelijke bepaling uit de Richtlijnen; het bevorderen van een gelijke mededinging. Voor Energie-Nederland is ook onduidelijk hoe de verhouding is met het doel van de Nederlandse artikelen.

In de vierde categorie wordt informatie gevraagd over toekomstige plannen bijvoorbeeld op het vlak van te verwachten (des)investeringen. Hoe staat dat in verhouding tot het doel van de oorspronkelijke bepaling, het bevorderen van een gelijke mededinging? En hoe staat dat in verhouding tot het doel van de Nederlandse artikelen?

In de vierde categorie wordt ook informatie gevraagd over de wijze waarop de openbare veiligheid, voorzieningszekerheid of leveringszekerheid door partijen wordt geborgd en welke voorzieningen hiertoe zijn getroffen. Naar de mening van Energie-Nederland beperken de verantwoordelijkheden van de marktpartijen zich tot het zich houden aan de wet en het nakomen van overeenkomsten. Energie-Nederland vraagt zich dan ook af hoe een individuele marktpartij de algehele voorzieningszekerheid en leveringszekerheid kan waarborgen. Ook vraagt Energie-Nederland zich af hoe deze vraag staat in verhouding tot het doel van de oorspronkelijke bepaling, het bevorderen van een gelijke mededinging. En hoe staat dat in verhouding tot het doel van de Nederlandse artikelen?

Op grond van het vorenstaande pleit Energie-Nederland voor een melding, waarbij de te verstrekken informatie identiek is aan de informatie, die verstrekt dient te worden in het kader van de concentratiemelding. Immers op basis van het standpunt van Energie-Nederland dienen de thans voorliggende meldingsmodaliteiten enkel plaats te vinden wanneer op basis van het mededingingsrecht een concentratiemelding behoort te worden gedaan. Vervolgens kan de Minister aanvullende informatie vragen in het kader van het reguliere bestuursrechtelijke proces voor het nemen van besluiten.

*Toelichting:* Uit punt 5 van de toelichting blijkt, dat de administratieve lasten voor deze melding in ieder geval beneden de € 10.000,= liggen. Energie-Nederland voorziet dat de kosten ver boven dit bedrag zullen liggen. De bedrijven zullen immers alles willen aanvoeren om de Minister ervan te overtuigen, dat geen nadere maatregelen noodzakelijk zijn.

**Tot slot**

Met het vorenstaande ga ik ervan uit u voldoende geïnformeerd te hebben. Uiteraard is Energie-Nederland bereid tot nader overleg en tot het geven van een nadere toelichting.

Hoogachtend,

André Jurjus  
directeur

