

4 Netbeheer

4.1 *Beleidsdoelstellingen en wetgeving algemeen*

4.1.1 Beschrijving

Voor netbeheer bij elektriciteit en gas zijn de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in hoofdzaak op drie doelen gericht:

- een betrouwbare, duurzame en doelmatige energievoorziening;
- waarbij met het oog op marktwerking sprake moet zijn van onafhankelijkheid van het netbeheer;
- die een bijdrage kan leveren aan goed functionerende elektriciteits- en gasmarkten.

De primaire taak van netbeheerders is er op gericht te zorgen dat zij de netwerken op een doelmatige en betrouwbare wijze in bedrijf hebben en houden. De artikelen 16 Elektriciteitswet 1998 en 8 Gaswet geven in verband daarmee een uitgebreide opsomming van de taken die de netbeheerder heeft te vervullen, waaronder:

- a. de door hem beheerde netten in werking te hebben en te onderhouden;
- b. de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten op de meest doelmatige wijze te waarborgen;
- c. de netten aan te leggen, te herstellen, te vernieuwen of uit te breiden, waarbij in overweging worden genomen maatregelen op het gebied van duurzame elektriciteit, energiebesparing en vraagsturing of decentrale elektriciteitsproductie waardoor de noodzaak van vervanging of vergroting van de productiecapaciteit ondervangen kan worden;
- d. voldoende reservecapaciteit voor het transport van elektriciteit aan te houden;
- e. op de grondslag van artikel 23 Elektriciteitswet 1998 derden te voorzien van een aansluiting op de netten en hun desgevraagd een meter ter beschikking te stellen;
- f. op de grondslag van artikel 24 Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van derden transport van elektriciteit uit te voeren;
- g. het bevorderen van de veiligheid bij het gebruik van toestellen en installaties die elektriciteit verbruiken.

De wetgeving voorziet in toezicht hierop door voor de aanwijzing tot netbeheerder instemming van de minister van Economische Zaken te eisen (artikelen 12 Elektriciteitswet 1998 en 4 Gaswet). De regelgeving voorziet voorts zowel voor gas als voor elektriciteit in verplichtingen die een goede en op dit doel gerichte taakvervulling willen waarborgen, zoals regels omtrent leveringszekerheid.

Omdat dienstverlening met behulp van de onderhavige netten een monopolie is, is een belangrijk onderdeel van de regulering inzake netbeheer de tariefregulering, waarbij van belang is dat in 2004 het voordien bestaande stelsel van onderhandelde

nettoegang werd vervangen door dat van gereguleerde toegang. De tariefregulering (hier beperkt tot regionale netten, zie voor de landelijke netten artikelen 41e Electriciteitswet 1998 en 82 Gaswet) rust op het uitgangspunt dat netbeheerders elk een eigen monopolie hebben en dat hun prestaties en prijzen gedisciplineerd moeten worden door middel van maatstafconcurrentie, waarbij door middel van benchmarks voor prijzen (efficiencykorting, of x-factor) en kwaliteit van prestaties (kwaliteitsfactor of q-factor) concurrentie wordt gesimuleerd.⁴³

Tenslotte oefenen netbeheerders een aantal taken uit die niet direct gerelateerd zijn aan hun technische taken op het stuk van netbeheer, transport en opslag maar die een marktfaciliterend karakter hebben, zoals het verwerken van switchverzoeken, het uitvoeren van de supplier of last resort-maatregel, en het doorgeven van meetgegevens aan leveranciers.

Bijzonderheid in het kader van gasopslag is nog, dat gasopslagbedrijven die over een economische machtspositie beschikken ingevolge de artikelen 18a e.v. Gaswet toegang tot hun faciliteit moeten verschaffen en dat ten tijde van invoering van deze regels reeds bestaande houders van opslagcapaciteit, in het licht van de bestaande marktverhoudingen voor opslag, door de wetgever zijn aangemerkt als houders van zo een machtspositie.

4.1.2 Bevindingen marktpartijen

In algemene zin geeft het merendeel van de respondenten aan neutraal of positief te staan tegenover de vraag of het toezichtsinstrumentarium adequaat is. Een kwart van de respondenten vindt deze instrumenten niet geschikt.

Van de kant van de nieuwe toetreders wordt aangegeven dat de wetgeving te descriptief van aard is, met andere woorden vooral codificeert wat al gebruikelijk was. Volgens hen heeft de wetgeving echter te weinig aandacht voor knelpunten in de uitvoering. In de wetgeving ontbreken, aldus deze geïnterviewden, met name

⁴³ Vgl. bijvoorbeeld de volgende toelichting:

"De bedoeling van het reguleringssysteem in de Elektriciteitswet 1998 () is om bedrijven die zich in een monopolioide situatie bevinden een prikkel te geven net zo doelmatig te handelen als bedrijven op een markt met concurrentie. Dat wordt ook tot uitdrukking gebracht door de verwijzing naar het begrip marktwerking in de eerder genoemde artikelen 41, eerste lid, en 80, eerste lid. Dit betekent in de eerste plaats dat eventuele overwinsten die qua omvang uitgaan boven het redelijk rendementsniveau (monopoliewinsten) bij deze bedrijven moeten worden teruggebracht tot een redelijk rendement. In de tweede plaats zullen de bedrijven ernaar moeten streven om net zo efficiënt te werken als het meest efficiënte bedrijf in de sector. In de derde plaats zal de sector sowieso als geheel haar efficiëncyniveau dienen te verhogen." Zie: Kamerstukken II 2002-2003, 28 174, nr. 28, p. 13.

incentives voor netbeheerders om marktfaciliterende werkzaamheden goed te vervullen.

Voor wat betreft elektriciteit ziet het merendeel van de respondenten geen betere manieren dan het huidige wettelijke kader om de doelstellingen ten aanzien van netbeheer te realiseren (volgens 17% zijn die betere mogelijkheden er niet en 61% weet niet of er betere mogelijkheden zijn of heeft de desbetreffende vraag niet ingevuld).

Voor wat betreft gas geeft het merendeel van de respondenten aan dat zij niet weten of er betere manieren dan het huidige wettelijke kader zijn om de doelstellingen ten aanzien van netbeheer te realiseren. In een individuele toelichting wordt aangegeven, dat de sector een lange en succesvolle geschiedenis van zelfregulering heeft en er in zoverre dus een alternatief voor wetgeving is.

Inzake de toegangsverplichtingen tot gasopslag zijn sommige geïnterviewden van oordeel, dat deze aan kostendekkendheid van nieuwe opslagcapaciteit en dientengevolge aan investeringen in nieuwe opslagcapaciteit in de weg staan.

4.1.3 Literatuur

Algemene voorwaarden

Artikel 26a lid 1 Elektriciteitswet 1998 bepaalt, dat een netbeheerder (transport)voorwaarden dient te hanteren die redelijk, objectief en niet-discriminerend zijn. Het artikel verschaft daarnaast, in leden 2 en 3 (vgl. artikel 14 lid 4 en 5 Gaswet), een aantal criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of voorwaarden aan genoemde vereisten voldoen.

Kortmann en Faber⁴⁴ betogen dat de regeling van deze artikelen in strijd is met het systeem van artikel 6.5.3 BW (inzake algemene voorwaarden). Zij komen tot de volgende conclusie:

“De regeling van artikel 14 van de Gaswet en artikel 26a van de Elektriciteitswet leidt ertoe dat gas- en elektriciteitsbedrijven in een nadeliger positie komen te verkeren dan andere grote marktpartijen. Bovendien komen zij in een nadeliger positie te verkeren dan hun professionele

⁴⁴ Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann en mr. N.E.D. Faber, "Het moet niet veel gekker worden!", WPNR 03/6531, p. 369-372.

contractpartijen, die in hun algemene voorwaarden bepalingen kunnen (blijven) opnemen die van gas- en elektriciteitsbedrijven niet meer mogelijk zouden zijn."

Kortmann en Faber onderbouwen hun conclusie als volgt:

"De omstreden regeling van artikel 14 van de Gaswet en artikel 26a van de Elektriciteitswet gaat enerzijds te ver, doordat zij bepalingen die slechts voor consumenten zijn bedoeld, van toepassing verklaard op (kleine en grote) zakelijke afnemers, maar ziet anderzijds tekort, doordat de bescherming die de regeling aan consumenten biedt, minder ver gaat dan de bescherming die deze consumenten aan de bepalingen van afdeling 6.5.3 PW zouden kunnen ontlenen. In de voorgestelde regeling worden bedingen als bedoeld in artikel 6:236 BW (de zwarte lijst) slechts vermoed "niet redelijk te zijn", terwijl deze bedingen ingevolge artikel 6:236 BW per definitie onredelijk bezwarend (en daarmee vernietigbaar) zijn. De betreffende bedingen worden vermoed "niet redelijk" te zijn, terwijl deze bedingen op grond van artikel 6:237 BW reeds vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. Het is op zijn minst ongelukkig dat bij de regelingen, waarvan niet duidelijk is hoe zij zich tot elkaar verhouden, naast elkaar bestaan."

Van Beuge onderschrijft in zijn artikel⁴⁵ de kritiek van Kortmann en Faber. Hij maakt echter wel enkele aanvullende opmerkingen. Allereerst merkt Van Beuge op dat artikel 26a Elektriciteitswet 1998 niet alleen ziet op algemene voorwaarden, maar op alle door netbeheerders te hanteren voorwaarden. Als tweede merkt hij op dat artikel 51 Elektriciteitswet 1998 een specifieke voorziening biedt om (mede) geschillen omtrent vermeend onredelijke (transport)voorwaarden te laten beslechten. Tot slot merkt Van Beuge op dat artikel 26a lid 1 Elektriciteitswet 1998 (ten tijde van het artikel: 2003) nog niet in werking is getreden. Dit brengt mee dat partijen die elektriciteit willen laten transporteren door een netbeheerder vooralsnog (in 2003) nog geen beroep kunnen doen op artikel 26a lid 1 Elektriciteitswet 1998.

Supplier of last resort

In drie artikelen is de zogenoemde "supplier of last resort"-regeling becommentarieerd. 't Lam⁴⁶ komt in zijn artikel tot de volgende conclusie:

⁴⁵ mr. M.J.J. van Beuge, "Artikel 26a Elektriciteitswet 1998: een vreemde eend die vooralsnog niet bijt", NTER 2003, nr. 4, p. 150-151.

⁴⁶ mr.dr.s. M.R. 't Lam, "Tennet als laatste vangnet voor kleinverbruikers in een geliberaliseerde markt. Enkele juridische beschouwingen over de keuze van de supplier of last resort", NTER 2003, nr. 1, p. 4-10.

"De keuze voor TenneT als SOLR (supplier of last resort) lijkt op goede gronden te berusten. Zo berusten de aandelen van TenneT bij de Staat der Nederlanden, hetgeen een onpartijdige uitvoering van de haar opgedragen wettelijke taken, zijnde het waarborgen van de levenszekerheid, bevordert. Een extra waarborg voor het onpartijdige, niet discriminerende uitvoering van deze taak door TenneT vloeit voort uit de regulering door de directeur van de DTe van deze taken. Met name door bij de uitwerking van de aan TenneT opgedragen taak te kiezen voor het hierboven geschetste "onbalansmodel" kunnen inbreuken op het belangrijke principe van onafhankelijk netbeheer worden voorkomen. Daarmee komt het aanwijzen van TenneT als SOLR tegemoet aan een aantal belangrijke bezwaarpunten die lijken te kleven aan het voorstel van de Minister van Economische Zaken en het voorstel van het kamerlid Stüger."

Simonetti vergelijkt in zijn artikel⁴⁷ de "supplier of last resort"-regeling in het Verenigd Koninkrijk en Nederland. De auteur maakt naar aanleiding van deze vergelijking de volgende opmerkingen:

"De Nederlandse wet bepaalt slechts dat doorlevering aan kleinverbruikers moet zijn gegarandeerd. Dit is uitgewerkt in een tweetal AMvB's. De noodregeling voor gas is vastgelegd in het Besluit leveringszekerheid Gaswet en heeft inderdaad alleen betrekking op kleinverbruikers. Voor elektriciteit is inmiddels ook een AMvB op vastgesteld, maar dat is nog niet in werking getreden. De huidige regeling in de systeemcode heeft geen sterke wettelijke basis. Bovendien is het bereik van deze noodregeling veel groter dan slechts de kleinverbruikers.

(...)

Het nieuwe Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet heeft wel alleen betrekking op kleinverbruikers, maar daarnaast blijven kennelijk de ruime noodregelingen uit de systeemcode gelden. Op zichzelf zijn er goede redenen waarom de noodregelingen zich ook in Nederland zouden moeten uitstrekken tot alle afnemers, maar dit is een (politieke) keuze die niet aan de opstellers van de systeemcode (de DTe en de netbeheerders) zou moeten worden overgelaten.

en:

"De centrale rol van TenneT bij de aanwijzing van de nood-pv is het logische gevolg van haar positie als systeembeheerder en bevoegdheid tot verlening en intrekking van pv-erkenning. Het had voor de hand gelegen om de aanwijzing van de noodleverancier voor kleinverbruikers ook over te laten aan de instantie die verantwoordelijk is voor de verstrekking en intrekking van vergunningen voor levering aan deze groep, namelijk de minister/DTe. In plaats daarvan is echter gekozen voor een coördinerende rol voor de landelijke netbeheerders. Bij de huidige noodprocedures, waar de afnemers van de insolvente leveranciers evenredig worden verdeeld over de overige leveranciers, zou dit niet tot ongewenste resultaten moeten leiden."

⁴⁷ mr. S. Simonetti, "De supplier of last resort in het Verenigd Koninkrijk en Nederland", NTER 2006, nr. 1, p. 4-14.

en verder:

"De Engelse Tender-procedure leidt tot aanwijzing van een tailor made supplier of lost resort. In beginsel wordt altijd de partij benoemd die zowel "capable" als "willing" is om als noodleverancier op te treden. De procedure leidt waarschijnlijk tot het voor de afnemers van de insolvente leverancier het meest gunstige resultaat. Bovendien lijkt een tender op zichzelf transparant en non-discriminatie selectiemechanisme.

en tot slot:

"Tussen Engeland en Nederland bestaat ook verschil in de manier waarop de supplier of lost resort voor zijn diensten wordt gecompenseerd. De Nederlandse noodleverancier van elektriciteit mag maximaal een op het APX-tarief gebaseerde prijs in rekening brengen. Deze zou veel hoger kunnen zijn dan door de noodleverancier daadwerkelijk gemaakte kosten. In Engeland mag de supplier of lost resort een prijs rekenen die overeenkomt met zijn "reasonable costs of supply [...] together with a reasonable profit". Dit is meer in overeenstemming met de Europese uitgangspunten."

Knops en Wenting⁴⁸ komen nog tot de volgende (voor dit onderzoek relevante) beoordelingen van de "supplier of last resort"-regeling:

"Het enige "gat" dat er nog in de bescherming van kleinverbruiker zou kunnen zitten is het geval waarin de opzegging van de uitoefening van de programmaverantwoordelijkheid van een kleinverbruiker aan die kleinverbruiker is toe te rekenen. In zo'n geval treedt immers de regeling van een nood-pv niet in werking en zou die kleinverbruiker - bij gebrek aan een pv - afgesloten dienen te worden. Omdat dat kennelijk zijn "eigen schuld" is, is het niet bezwaarlijk dat deze kleinverbruiker in dit geval niet beschermd wordt.

Het valt overigens op dat bij elektriciteit de bescherming uitgebreid is tot alle afnemers met een gecontracteerd transportvermogen kleiner dan 10 MW. In het licht van de politieke en maatschappelijke reacties na het faillissement van Energy XS, waarin vooral werd onderstreept dat niemand zonder elektriciteit zou moeten komen te zitten ten gevolge van dat faillissement, is deze uitbreiding begrijpelijk. De consequentie van de huidige noodregeling van gas echter is dat alle niet-kleinverbruikers van wie de leverancier wegvalt, onmiddellijk afgesloten moeten worden, vragen wij ons dan ook af of, na een eerste faillissement van een gasleverancier, de te beschermen groep gasafnemers eveneens vergroot zal worden."

en:

"Toch zijn er enkele kanttekeningen te maken over de mate waarin de noodregelingen passen binnen het Nederlandse stelsel van energieregeling. Geen probleem is er met de centrale rol van TenneT rond

⁴⁸ mr.drs. H.P.A. Knops en mr. F. Wenting, "Levering verzekerd: een noodleverancier voor elektriciteit en gas", NTER 2004, nr. 4, p. 145-153.

de regeling van (nood)-pv. Dit is een logisch gevolg van TenneTs positie als systeembeheerder.

Voor de regelingen voor een noodleverancier is in het Nederlands stelsel echter geen natuurlijk aangrijpingspunt aanwezig. In Nederland ontbreekt immers een algemeen vergunningregime voor leveranciers zoals bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk bestaat. Zou een noodleverancier zich alleen uitstreken tot de kleinverbruikers dan zou aansluiting gezocht kunnen worden bij het vergunningregime voor levering aan die groep. De minister (of in mandaat de directeur van de DTe) zou dan de geëigende instantie zijn om de noodleverancier regelingen te coördineren.

Bij gas had deze keuze dan ook voor de handgelegen. Blijkbaar heeft de regering, in haar AMvB, zich echter laten leiden door de wet, die de taak om "voorzieningen te treffen voor leveringszekerheid" bij de netbeheerder van het landelijk gastransportnet heeft neergelegd. Bij elektriciteit geldt de noodregeling voor een grotere groep dan (alleen) de kleinverbruikers. Toch is de gekozen centrale rol van TenneT minder logisch. TenneT heeft als systeembeheerder immers geen relaties met leveranciers, alleen met pv's. Daarnaast beschikt TenneT ook niet over een centraal register met leveranciersgegevens. Verspreid over de aansluitingen registers van de regionale netbeheerders is geregistreerd wie leverancier is voor welke aansluiting. Gezien de samenhang met de regeling voor een nood-pv kan TenneTs rol bij de noodleverancier evenwel gebillijkt worden.

Tenslotte lijkt de rol die de netbeheerder van het landelijk gastransportnet kan spelen bij een doorstart van een gasleverancier in de moeilijkheden, in strijd met de eis tot unbundling. Dat de landelijk gasnetbeheer in de doorstartperiode "naar vermogen gas ter beschikking [moet sneller] aan de vergunninghouder", betekent ons inziens niets anders dan dat de landelijk gasnetbeheerder dat gas aan die vergunninghouder levert, wat in strijd is met artikel 3, eerste lid, Gaswet."

Hoewel de schrijvers dus wel enkele mogelijkheden van verbetering zien, wordt de regeling in essentie als bevredigend gezien.

4.1.4 Beschouwing

Voor wat betreft zelfregulering merken rapporteurs op, dat deze niet strookt met de verplichtingen die Nederland op grond van de Europese richtlijnen inzake gas en elektriciteit rusten. Weliswaar staan de lidstaten uiteenlopende middelen ter beschikking om deze richtlijnen te implementeren, maar zelfregulering behoort daartoe niet. Verder zij ook verwezen naar de hierna te bespreken spontane naleving van de energiewetgeving, waarbij rapporteurs zullen concluderen, dat bij sectorale regelgeving als de onderhavige actief overheidstoezicht niet kan worden gemist.

Met betrekking tot toegangsregels voor gasopslag in gevallen van economische machtsposities merken rapporteurs op, dat de bedenkingen van de desbetreffende geïnterviewden zien op de aan veel regulatoire wetgeving inherente spanning tussen enerzijds het belang gediend met het reguleren van tarieven in monopolioide situaties om afnemers te beschermen en anderzijds het belang van infrastructuurconcurrentie. De vraag, welk overheidsoptreden in verband hiermee passend is kan slechts met economische analyses worden beantwoord. De wetgeving (artikel 18a lid 3 Gaswet)

geeft in elk geval ruimte om door middel van een AMvB rekening te houden met marktontwikkelingen, en rapporteurs zien dan ook geen reden om wijzigingen in overweging te geven.

De kritiek op de wettelijke eisen inzake contractvoorwaarden - die overigens in elk geval in belangrijke mate voortvloeien uit Europese richtlijnen - vanuit het perspectief van het Burgerlijke Recht lijkt rapporteurs niet erg overtuigend. Publiekrechtelijke regelingen als de onderhavige zijn bedoeld om liberalisatie te flankeren, en stellen zich dus specifieke doelen, geënt op een afzonderlijke markt. Men kan uiteraard kritiek hebben op de effectiviteit van dergelijke publiekrechtelijke bescherming van bepaalde groepen afnemers - en die kritiek wordt elders ook verwoord - maar de omstandigheid dat de regels afwijken van het Burgerlijke Recht is daarbij zonder betekenis.

De literatuur lijkt, een enkele kanttekening daargelaten, ook van oordeel te zijn dat de regeling omtrent de supplier of last resort bevredigend werkt. Rapporteurs hebben geen aanleiding het met hen oneens te zijn.

De bevindingen van marktpartijen of vanuit de literatuur brengen rapporteurs tot de slotsom dat er geen reden is de wetgever aanpassing van de regelgeving in overweging te geven.

4.2 *Goed functionerende elektriciteits- en gasmarkt*

Voor wat betreft de rol van netbeheerders bij marktfacilitering zij verwezen naar de desbetreffende paragrafen in hoofdstuk 3, onder meer inzake switchen en administratieve processen.

Non-discriminatoire toegang tot netten valt buiten het bestek van deze rapportage.

4.3 *Tariefregulering*

4.3.1 *Beschrijving*

De tariefregulering (hier beperkt tot regionale netten, zie voor de landelijke netten artikel 41e Electriciteitswet 1998 en 82 Gaswet) kent sedertdien de volgende structuur:

- a. Op grond van artikelen 26b Electriciteitswet 1998 en 12 Gaswet worden bij ministeriële regeling regels gesteld met betrekking tot de tariefstructuren als bedoeld in artikelen 27 Electriciteitswet 1998 en 12a en b Gaswet.
- b. Op basis van de artikelen 27 en 36 Electriciteitswet 1998 en 12f Gaswet stelt DTe (in een Tarieencode) generiek de tariefstructuren vast, dat wil zeggen de elementen en wijze van berekening van het tarief waarvoor afnemers zullen worden aangesloten op het net, van het tarief waarvoor

transport van energie ten behoeve van afnemers zal worden uitgevoerd en van het tarief waarvoor systeemdiensten zullen worden verricht en de energiebalans wordt gehandhaafd.

c. Op grond van artikelen 41 lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 81 e.v. Gaswet stelt de DTe voor netbeheerders, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, methodebesluiten vast, dat wil zeggen besluiten waarin wordt neergelegd de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vast.

d. Ingevolge artikelen 41a lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 81 a Gaswet stelt DTe vervolgens voor iedere netbeheerder afzonderlijk, voor een periode van tenminste drie en ten hoogste vijf jaar de (individuele) korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de (individuele) kwaliteitsterm, en het (individuele) rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld.

e. Vervolgens moet de netbeheerder ingevolge artikelen 41b lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 81b van de Gaswet jaarlijks en met inachtneming van deze regels en besluiten een tariefvoorstel bij de DTe indienen, die dit uit hoofde van de artikelen 41c lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 81c Gaswet kan goedkeuren.

De regulering die DTe op deze basis ter hand neemt rust op het uitgangspunt dat netbeheerders elk een eigen monopolie hebben en dat hun prestaties en prijzen moet worden gedisciplineerd door middel van maatstafconcurrentie, waarbij door middel van benchmarks voor prijzen (efficiencykorting of x-factor) en kwaliteit van prestaties (kwaliteitsfactor of q-factor) concurrentie wordt gesimuleerd.⁴⁹

De praktijk van tariefregulering door DTe is te omvangrijk om hier te beschrijven. Een aantal onderdelen vielen op:

- Bij besluit van 4 mei 2004 is het Landelijk Uniform Producenten Transporttarief (LUP) op nul vastgesteld. Hierdoor betalen producenten niet langer mee aan de kosten van dit hoogspanningsnet. Dit bevordert een level playing field in

⁴⁹ Vgl. bijvoorbeeld de volgende toelichting:

"De bedoeling van het reguleringssysteem in de Elektriciteitswet 1998 () is om bedrijven die zich in een monopolioide situatie bevinden een prikkel te geven net zo doelmatig te handelen als bedrijven op een markt met concurrentie. Dat wordt ook tot uitdrukking gebracht door de verwijzing naar het begrip marktwerking in de eerder genoemde artikelen 41, eerste lid, en 80, eerste lid. Dit betekent in de eerste plaats dat eventuele overwinsten die qua omvang uitgaan boven het redelijk rendementsniveau (monopoliewinsten) bij deze bedrijven moeten worden teruggebracht tot een redelijk rendement. In de tweede plaats zullen de bedrijven ernaar moeten streven om net zo efficiënt te werken als het meest efficiënte bedrijf in de sector. In de derde plaats zal de sector sowieso als geheel haar efficiëncyniveau dienen te verhogen." Zie: Kamerstukken II 2002-2003, 28 174, nr. 28, p. 13.

internationaal verband, aangezien de concurrentiepositie van binnenlandse producenten wordt versterkt.

- Bij besluit van 12 augustus 2004 is de Tarievenscode gewijzigd, aldus dat het mogelijk is geworden voor afnemers om zelf te kiezen op welk spanningsniveau ze worden aangesloten en verder rekening wordt gehouden met de mogelijkheid die afnemers wordt geboden om de aansluitwerkzaamheden openbaar aan te besteden (artikel 16c Elektriciteitswet 1998).
- Bij besluit van 21 april 2005 is een vergoeding voor uitgespaarde netverliezen (RUN) in de Tarievenscode opgenomen. Door middel van deze vergoeding wordt tot uitdrukking gebracht dat decentrale opwekinstallaties netverliezen uitsparen op hoogspanningsnet en
- bij besluit van 13 december 2005 is de garantiestelling leveranciersmodel in de Tarievenscode opgenomen. Bij een faillissement van een leverancier mogen netbeheerders eventueel gedeelde tariefinkomsten gedeeltelijk in de netwerk tarieven verdisconteren. Deze maatregel heeft als doel het bevorderen van een level playing field tussen nieuwe en bestaande leveranciers;

De Tarievenscode voor elektriciteit bestaat al sedert 1999 en is sedertdien tienmaal aangepast. Sedert 16 augustus 2005 is er ook een Tarievenscode voor gas, die inmiddels ook al weer tweemaal werd aangepast/aangevuld.

DTe heeft becijferd, dat de doelmatigheidskortingen over de eerste en twee reguleringsperiode (2001-2006) ruim € 1 miljard aan besparingen heeft opgeleverd.

4.3.2 Bevindingen marktpartijen

In de enquête worden als sterke punten van de tariefregulering de volgende punten genoemd:

- controle op tarieven. Door regulering worden kostenbesparingen bij de netbeheerder afgedwongen;
- duidelijke en non-discriminatoire tarieven;
- relatieve eenvoud van de instrumenten;
- evenwicht tussen economische regulering en kwaliteitsregulering.

Als zwakke punten van deze instrumenten worden genoemd:

- gevaar van starheid van de netbeheerder, in combinatie met het feit dat alleen DTe en de gezamenlijke netbeheerders een tariefvoorstel kunnen doen;
- onvoldoende prikkels voor een stabiel investeringsklimaat.
- ondoorzichtigheid.

Eén van de respondenten geeft aan dat in de Elektriciteitswet 1998 een bepaling ontbreekt over de rol van andere partijen dan de gezamenlijke netbeheerders bij

totstandkoming van de codes. Een andere respondent geeft aan dat de huidige wet- en regelgeving een enorme macht aan de netbeheerders geeft. Volgens deze respondent gaan de netbeheerders niet in op wensen uit de markt, omdat dit voor de netbeheerders meer werk zou betekenen. Volgens deze respondent moeten de marktpartijen een zwaardere rol in het proces van de codes krijgen.

Van de kant van de handelaren wordt opgemerkt dat bij hen nauwelijks inzicht bestaat in de wijze waarop DTe vaststelt wat redelijke tarieven in de zin van de Elektriciteitswet 1998 zijn. De DTe geeft daarbij volgens hem ook geen inzicht in welke criteria aan de beoordeling van de tarieven ten grondslag ligt

Van de kant van de netbeheerders wordt opgemerkt dat in de codes handhavinginstrumenten ten aanzien van hun klanten ontbreken. Als oplossing wordt gesuggereerd:

- bindende aanwijzingen door DTe naar klanten toe;
- geschillenprocedures ook openstellen voor netbeheerders;
- de codes zouden moeten voorzien in de mogelijkheid voor netbeheerders om boetes op te leggen.

Van de zijde van netbeheerders wordt in de interviews verder een aantal bezwaren tegen de huidige tariefreguleringsstructuur genoemd. Zij wijzen op cherry picking in verband met de regulering van aansluittarieven (tussen aansluitingen van 1 MVA en 10 MVA kunnen afnemers gereguleerde tarieven met marktтарieven vergelijken, waardoor de gereguleerde tarieven alleen toegepast worden in situaties waarin sprake is van zeer hoge aansluitkosten).

Volgens één van de respondenten zou het kostenveroorzakingsbeginsel op meer plaatsen in de tariefregulering moeten worden toegepast.

Vanuit de netbeheerders wordt aandacht gevraagd voor het onderwerp tariefregulering. Waar in de Elektriciteitswet 1998 de tariefstructuren (uitvoerig) worden geregeld, ontbreekt ten aanzien van de tariefregulering een dergelijke uitvoerige regeling. Ook ontbreekt het doel van de tariefregulering en een wettelijke norm in de wet. Daarmee wordt de invulling van de tariefregulering aan de DTe overgelaten.

Van de zijde van netbeheerders wordt in dit verband tenslotte aandacht gevraagd voor de omstandigheid, dat de tariefregulering tot grote uitschieters in de tarieven kan leiden – tot wel 70% prijsdaling of –stijging – en dat de regulering onvoldoende ruimte biedt voor regionale verschillen tussen netbeheerders zoals de relatief grote aanwezigheid van windenergie in Zeeland en de relatief belangrijke plaats van achterstandswijken in het stedelijk gebied. Ook private netten en de kosten die deze

voor sommige netbeheerders meebrengen zouden onvoldoende in tarieven kunnen worden verdisconteerd.

In het kader van de consultatie van het Methodebesluit Derde Reguleringsperiode heeft een aantal bedrijven (Delta, Eneco, Essent, Intergas) opgemerkt dat de DTe het onderwerp "objectiveerbare regionale verschillen" in strijd met de bedoeling van de Elektriciteitswet 1998 (en daarmee de Gaswet, waarvoor ter zake hetzelfde wettelijke systeem geldt) onjuist toepast. Volgens deze partijen is de x-factor enerzijds bedoeld om individuele efficiencyverschillen weg te werken en anderzijds om niet-beïnvloedbare omstandigheden van individuele bedrijven, zoals objectiveerbare regionale verschillen, te corrigeren.

TenneT heeft nog opgemerkt dat artikel 41d Elektriciteitswet 1998 ook dient te gelden voor andere netten van TenneT dan alleen het landelijk hoogspanningsnet.

In het kader van de consultatie van het Informatie- en consultatiedocument Maatstafconcurrentie heeft een aantal bedrijven (Delta, Eneco, Rendo) opgemerkt dat de juridische basis – in ieder geval in 2003 – voor kwaliteitsregulering door de DTe nog beperkt was. Deze partijen zijn van mening dat de DTe verder gaat dan artikel 41 lid 1 Elektriciteitswet 1998 op dat moment toestond.

4.3.3 Jurisprudentie

De in de jurisprudentie meest aandacht trekkende gebeurtenis was de uitspraak van het CBb d.d. 13 november 2002,⁵⁰ waarbij de toen door DTe genomen besluiten om voor elke netbeheerder afzonderlijk een x-factor vast te stellen werden vernietigd omdat de wet daartoe geen basis bood, maar integendeel uitging van een generieke efficiencykorting.⁵¹

Die uitspraak voerde tot aanpassing van de wetgeving, en de wetgeving voorziet thans in de mogelijkheid individuele efficiencykortingen – dus per netbeheerder – vast te stellen. Vanwege de rechtsonzekerheid tussen DTe en de netbeheerders hebben partijen de aanpak van efficiencykortingen in deze reguleringsperiode bij wege van overeenkomst geregeld.

⁵⁰ AWB 01/841, 01/847 t/m 853, 01/955, 01/956 LJN: AF0508

⁵¹ Zie ook mr.drs. H.P.A. Knops, "X: de grote onbekende? Een oplossing voor het "cpi-x"-stelsel in de regulering van de energiesector", NTER 2002, nr. 1, p. 13-23.

4.3.4 Beschouwing

Voor de meeste van de hiervoor geschetste bevindingen geldt, dat rapporteurs niet kunnen vaststellen hoe zwaarwegend de door respondenten en geïnterviewden genoemde kwesties zijn, en of er aanleiding bestaat de regelgeving op de door hen genoemde punten te herbezien. Rapporteurs beperken zich tot enkele onderwerpen.

Waar het betreft de invloed van anderen dan netbeheerders op de tarieencode – en uiteraard evenzeer op de andere codes – menen rapporteurs, dat de regelgeving in elk geval voldoende ruimte biedt voor beïnvloeding door andere (representatieve) organisaties. De artikelen 33 Elektriciteitswet 1998 en 12c Gaswet schrijven overleg met representatieve organisaties voor voordat voorstellen inzake tarievcodes of andere codes worden gedaan. Dit omvat weliswaar geen initiatiefrecht voor representatieve organisaties, maar indien deze organisaties kwesties willen aanroeren die de gezamenlijke netbeheerders ten onrechte niet aan de orde zouden willen stellen kunnen zij er bij DTe op aandringen dat DTe op basis van artikel 32 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 12c lid 2 Gaswet concept-besluiten tot aanpassing van codes in procedure brengt. Aangezien er geen aanwijzingen zijn aangereikt waaruit opgemaakt zou moeten worden dat DTe belangrijke onderwerpen inzake de codes onbehandeld zou laten, zien rapporteurs onvoldoende aanleiding voor de aanbeveling de regelgeving op dit punt aan te passen.

Mede in verband met deze betrokkenheid bij verschillende stappen in de tariefregulering – waaronder ook Methodebesluiten – vinden rapporteurs onvoldoende houvast voor de conclusie, dat de tariefregulering van DTe onvoldoende doorzichtig zou zijn. Naar het oordeel van rapporteurs voldoet de huidige regelgeving op dit punt.

De problematiek van cherry picking bij aansluitingen is door de wetgever onderkend en in een amendement op de ontwerp-Veegwet is voorgesteld e.e.a. het hoofd te bieden door aanpassing van artikel 16c Elektriciteitswet 1998,⁵² en behoeft aldus geen verdere bespreking.⁵³

Het kostenveroorzakingsprincipe speelt blijkens de artikelen 41b lid 1, onder a, Elektriciteitswet 1998 en 81c Gaswet een centrale rol bij de tariefregulering, en rapporteurs hebben geen overtuigende aanwijzing dat DTe door de regelgeving zou

⁵² Vgl. het daartoe strekkende amendement TK 2005–2006, 30 305, nr. 15, blz. 1.

⁵³ Dit amendement levert intussen naar de indruk van rapporteurs wel een voorbeeld op van regelgeving van betrekkelijk technische aard die wellicht beter aan lagere regelgeving overgelaten zou kunnen worden of in de codes zou kunnen worden geregeld. Vgl. daarover hoofdstuk 2.

worden gedwongen dit beginsel bij de tariefregulering te veronachtzamen. Rapporteurs zien ook op dit punt dus geen aanleiding aanpassing van regelgeving in overweging te geven.

Tenslotte de tariefsuitschieters en de regionale verschillen. Vooropgesteld kan worden, dat de wetgeving weinig mogelijkheden biedt de tarieven die eenmaal aan de hand van de reguleringsstructuur zijn vastgesteld aan te passen. De artikelen 41c Elektriciteitswet 1998 en 81c Gaswet noemen slechts enkele specifieke gronden die zich bij de door netbeheerders gegeven voorbeelden niet voordoen. Wel kan worden vastgesteld,⁵⁴ dat DTe objectieveerbare regionale verschillen met behulp van de artikelen 41 en 41 c Elektriciteitswet 1998 een plaats in de tarieven wil geven, maar de vraag is legitiem of deze bepalingen wel voor dat doel geschreven zijn en in principe niet juist naar uniforme tarieven willen toewerken, behoudens dan de historische objectieveerbare (regionale) verschillen. Ditzelfde geldt voor de ontheffingsmogelijkheid van artikel 37a Elektriciteitswet 1998, evenmin een bepaling die geschreven is voor het faciliteren van eventuele structurele verschillen tussen netbeheerders en hun kostenstructuur.

Rapporteurs hebben in hoofdstuk 2 aangegeven, dat regulering op lager wetgevingsniveau – bijvoorbeeld in de vorm van door DTe vast te stellen codes - in veel opzichten overweging zou verdienen. Zij menen dat verschillen in de behandeling van netbeheerders, mits daarvoor een deugdelijke economische en beleidsmatige aanleiding is, een onderwerp is dat aan lagere regelgeving zou kunnen worden toevertrouwd. Ditzelfde geldt voor uitschieters in de tarieven. Rapporteurs hebben deze niet zelf kunnen vaststellen, maar zij kunnen zich tegen de achtergrond van de gestapelde structuur van de tariefregulering dergelijke uitschieters wel voorstellen. Rapporteurs menen dat er geen goede redenen zijn waarom DTe niet de bevoegdheid zou moeten hebben deze waar nodig te egaliseren. Rapporteurs doen dan ook de aanbeveling deze bevoegdheid te expliciteren dan wel deze (alsnog) te verlenen.

Rapporteurs realiseren zich hierbij, dat de rechtzekerheid waarvoor netbeheerders ook in dit verband van tariefregulering pleiten, op het eerste gezicht in het gedrang kan komen. Zoals eveneens in hoofdstuk 2 aangegeven, laat de rechtzekerheid zich evenwel op uiteenlopende wijzen dienen, en is een formeelwettelijke regeling – die in elk geval gedurende de duur van het proces van reparatiewetgeving ook wel eens aan

⁵⁴ Brief d.d. 8 maart 2006 (kenmerk 101712/764.B544) van DTe aan netbeheerders inzake objectieveerbare regionale verschillen.

honorering van gerechtvaardigde belangen van netbeheerders in de weg zou kunnen staan – daarvoor niet noodzakelijk.

4.4 *Aanmerkelijke investeringen*

4.4.1 Beschrijving

De artikelen 41b Elektriciteitswet 1998 en 81b Gaswet geven de netbeheerder de mogelijkheid tariefvoorstellen te doen waarmee de kosten voor een uitzonderlijke en aanmerkelijke investering ter uitbreiding van het door de netbeheerder beheerde net moeten worden gedekt.

DTe heeft op 25 juli 2005 een beleidsregel inzake aanmerkelijke investeringen vastgesteld. DTe heeft in 2001 en 2002 verder in zestien gevallen een concept-afwijzingsbesluit genomen (gebaseerd op het toenmalige artikel 40 lid 2 Elektriciteitswet 1998) dat niet door een definitief besluit is gevolgd, en heeft verder in twee gevallen een definitief afwijzingsbesluit genomen.

DTe laat overigens weten, dat investeringen die niet binnen het bereik van de artikelen 41b Elektriciteitswet 1998 en 81b Gaswet vallen, toch wel plegen te worden gedaan.

4.4.2 Bevindingen marktpartijen

Met name van de kant van netbeheerders wordt in de interviews aangegeven, dat er veel te weinig helderheid is terzake van aanmerkelijke investeringen. De netbeheerders zijn van oordeel dat de door DTe gegeven interpretatie ertoe leidt dat de wetbepalingen dienaangaande een dode letter zijn.

4.4.3 Beschouwing

Rapporteurs onderschrijven niet dat DTe een onduidelijk beleid voert. De door DTe vastgestelde beleidsregel is helder, evenals de onderbouwing van de eerdere concept-besluiten.

Probleem is ook niet zozeer, dat het DTe-beleid onduidelijk is maar dat het vrijwel nooit tot honorering van verzoeken tot tariefsverhogingen kan leiden. Dit is echter in overeenstemming met de toelichting die in de wetsgeschiedenis op het toenmalig artikel 40 lid 2 Elektriciteitswet 1998 is gegeven, waaruit met name blijkt dat normale uitbreidingsinvesteringen niet worden bestreken door de artikelen 41b Elektriciteitswet 1998 en 81b Gaswet, maar dat het om aanmerkelijke en uitzonderlijke uitbreidingsinvesteringen moet gaan. Deze cumulerende criteria bieden hoe dan ook weinig ruimte voor toepassing van deze wettelijke uitzondering.

Opmerking verdient dat, als dergelijke investeringen desondanks toch plegen te worden gedaan – rapporteurs hebben dit niet kunnen verifiëren - de kosten daarvan door middel van de reguliere maatstafconcurrentie toch in de tarieven verdisconteerd gaan worden, zij het generiek en op een lager niveau. Of dit wenselijk is of dat het – onder acceptatie van tariefdifferentiatie tussen netbeheerders – juist wenselijk zou zijn kosten bij de veroorzakende netbeheerder en diens afnemers te alloceren kunnen rapporteurs niet beoordelen. Deze vraag is, evenals de vraag naar de inpassing van regionale verschillen, van beleidsmatige aard.

Rapporteurs menen, dat het beleid zoals DTe dat voert vrijwel door de wettelijke regeling wordt gedictieerd en dat, wanneer inderdaad meer ruimte voor aanmerkelijke investeringen en voor toerekening van de kosten daarvan aan de individuele netbeheerder moet bestaan de wetgeving verruiming behoeft.

4.5 *Aanwijzingen en ontheffingen netbeheer*

4.5.1 Beschrijving

De wetgeving vereist dat het beheer van netten in handen wordt gelegd van een specifiek aangewezen netbeheerder, welke aanwijzing instemming behoeft van de minister van Economische Zaken (artikelen 12 Elektriciteitswet 1998 en 4 Gaswet).

De artikelen 15 Elektriciteitswet 1998 en 2a Gaswet maken het mogelijk voor kleine netten een ontheffing van dit aanwijzingsvereiste te verlenen, met als gevolg dat op die netten geen toezicht wordt uitgeoefend, behoudens dan door middel van het stellen van voorschriften aan de ontheffing, voorschriften die uit de aard der zaak niet alle wettelijke plichten voor netbeheerders kunnen vervangen. Het gaat dan met name om netten van relatief beperkte omvang, zoals voor bedrijventerreinen of eigen (bedrijf)terreinen (Schiphol, Corus).

4.5.2 Bevindingen marktpartijen

Respondenten zijn zeer overwegend bekend met de plicht om voor het beheer van de elektriciteits- en gasnetten een netbeheerder aan te wijzen.

Gemiddeld geeft 38% van de respondenten aan van oordeel te zijn dat de instrumenten die betrekking hebben op de aanwijzing van een netbeheerder (instemming, intrekking en ontheffing) geschikt zijn om de continuïteit, betrouwbaarheid en toegankelijkheid van het netbeheer te borgen. Als sterke punten worden genoemd:

- gelijk speelveld voor alle netbeheerders;
- helder een eenduidig met voldoende mogelijkheid voor toezichthouder om in te grijpen.

Gemiddeld geeft 14% van de respondenten aan de instrumenten slechts beperkt geschikt te vinden. Als zwakke punten worden genoemd:

- de ontheffingsregeling. Deze had volgens deze respondent beperkt moeten worden tot de situatie zoals aangetroffen in 1998. Volgens twee respondenten lijkt ook misbruik te worden gemaakt van deze mogelijkheid om zich te onttrekken aan de vele vereisten die aan een netbeheerder voor betrouwbare voorziening en ook de marktfacilitering door netbeheerders;
- de duur van de aanwijzing (tien jaar). Vanuit het lange-termijnkarakter van de bedrijfsvoering (investeringen hebben soms een levensduur van meer dan 50 jaar) lijkt dit aan de korte kant. Een respondent stelt daarom voor de aanwijzing voor onbepaalde tijd te laten gelden, zolang de desbetreffende netbeheerder voldoet aan de eisen die de wetgever stelt;
- de toezichtsinstrumenten worden door twee respondenten als te "grof geschut" beschouwd in het geval corrigerend moet worden opgetreden.

4.5.3 Beschouwing

In hoeverre de regels voor private netten tot problemen leiden hebben rapporteurs niet kunnen vaststellen.

Voor wat betreft de duur van de aanwijzing wijzen rapporteurs er op dat ook een aanwijzing voor onbepaalde tijd zou kunnen worden ingetrokken en dat terzake van een dergelijke aanwijzing de minister van Economische Zaken de gegeven instemming zou kunnen intrekken. Spanning tussen economische levensduur van activa enerzijds en de duur van de aanwijzing anderzijds is met andere woorden inherent aan de systematiek van aanwijzing en publiekrechtelijke instemming. Voordeel van een stelsel voor bepaalde tijd is dat zich netbeheerders a priori rekenschap moeten geven van de mogelijke overdracht van het netbeheer, en daarvoor voorzieningen kunnen treffen.

Voor wat betreft het toezicht wijzen rapporteurs er op, dat de minister van Economische Zaken niet alleen zijn instemming kan intrekken maar uit hoofde van de artikelen 13 e.v. Elektriciteitswet 1998 en 5 e.v. Gaswet ook aanwijzingen kan geven en een toezichthouder kan benoemen, voordat het ultimatum remedium van de intrekking van instemming en de aanwijzing van een andere netbeheerder volgt.

De enquête en de interviews geven rapporteurs onvoldoende basis om enigerlei aanbeveling tot wetswijziging te doen. Rapporteurs menen in elk geval, dat er geen redenen zijn om de geldigheidsduur van de aanwijzingen langer te of zelfs voor onbepaalde tijd te laten zijn en rapporteurs menen verder, dat de minister van Economische Zaken een adequaat en proportioneel instrumentarium voor toezicht heeft.

4.6 *Betrouwbare, duurzame en doelmatige energievoorziening*

4.6.1 Beschrijving

De primaire taak van netbeheerders is er voor te zorgen dat zij de netwerken op een doelmatige en betrouwbare wijze in bedrijf hebben en houden. De artikelen 16 Elektriciteitswet 1998 en 8 Gaswet leggen de taken vast die de netbeheerders in verband daarmee hebben te vervullen.

De artikelen 19a Elektriciteitswet 1998 en 35a Gaswet schrijven voor dat netbeheerders jaarlijks aan DTe over de kwaliteitsindicatoren rapporteren. Voorts moet de netbeheerder om het jaar, beginnend in 2005, een Kwaliteits- en Capaciteitsdocument (hierna ook wel: KCD) indienen bij DTe, aldus de artikelen 21 Elektriciteitswet 1998 en artikel 8 Gaswet.

In 2003 zijn de capaciteitsplannen van de regionale netbeheerders door DTe beoordeeld. In één geval bleek dat er twijfels waren of de netbeheerder aan zijn wettelijke transportplicht kon voldoen.

4.6.2 Bevindingen marktpartijen

Eén respondent geeft aan dat het gebruiken van storingsminuten als criterium voor een betrouwbaar netwerk onvoldoende is. Volgens deze respondent dient de toezichthouder zich te richten op het controleren van de adequaatheid van de managementsystemen in de organisaties.

4.6.3 Beschouwing

De bevindingen geven geen basis voor het doen van aanbevelingen. Rapporteurs hebben overigens geen aanwijzingen dat de wettelijke eisen en het wettelijke toezichtsinstrumentarium tekortschiet om betrouwbare, duurzame en doelmatige energievoorziening te waarborgen.⁵⁵

⁵⁵ Relevant voor de leveringszekerheid in de sfeer van elektriciteit zijn ook de hierna te bespreken transparantiebesluiten, onderdeel van de systeemcode. Rapporteurs laten deze hier onbesproken, omdat deze beter inpasbaar zijn na het bespreken van afschakelplannen.

4.7 Technische codes

4.7.1 Beschrijving

Zowel in technische als in economische zin is de levering van energie door middel van netten een uiterst complexe aangelegenheid, waarbij het noodzakelijk is dat de verhoudingen tussen alle daarbij betrokkenen met grote nauwkeurigheid op elkaar worden afgestemd. Voor de liberalisatiewetgeving vond die afstemming de facto plaats vanuit verticaal geïntegreerde ondernemingen die intensief, op verschillende platforms en onder overheidstoezicht en –aansturing, overleg voerden.

Onder de huidige wetgeving is het noodzakelijk die afstemming langs andere weg te laten plaatsvinden. Het instrument daartoe zijn thans de artikelen 31 lid 1 sub c Elektriciteitswet 1998 en 12b Gaswet, en de daarop gebaseerde door DTe vast te stellen technische codes (netcode, meetcode en systeemcode). Deze codes dienen recht te doen aan de volgende belangen:

- het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening;
- het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt;
- het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van afnemers;
- het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders;
- het belang van een objectieve, transparante en niet discriminatoire handhaving van de energiebalans op een wijze die de kosten weerspiegelt.

De wetgever heeft voorzien in een totstandkomingsproces waarbij netbeheerders na overleg met representatieve organisaties voorstellen doen aan DTe, of waarin DTe, als dat nodig is, ook zelf besluiten kan initiëren. Voor elektriciteit zijn al geruime tijd technische codes vastgesteld, voor gas worden dezer dagen codes vastgesteld. Op dit moment worden delen uit de technische codes door DTe overgebracht naar een Informatiecode. Deze laatste code heeft geen wettelijke basis.

4.7.2 Bevindingen marktpartijen

De codes worden over het algemeen gezien als een adequaat middel van regulering, waarvan naar het oordeel van de meeste geïnterviewden het bereik ook zou kunnen worden vergroot tot andere beleidsterreinen van DTe.

Zoals hiervoor ook bij de tarievenscode werd aangegeven, wordt door sommigen wel aangegeven, dat de rol van de netbeheerders in het totstandkomingsproces veel minder dominant zou moeten zijn. Verder wordt van leverancierszijde gewezen op de omstandigheid dat de nakoming van marktfaciliterende verplichtingen van netbeheerders niet eenvoudig is, nu een contractuele relatie ontbreekt.

Voorzover de technische codes marktfaciliterende activiteiten van netbeheerders voorschrijven menen sommige respondenten en geïnterviewden, dat een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor zou moeten worden overwogen.

4.7.3 Jurisprudentie

Het CBB heeft diverse malen geoordeeld over de besluiten van DTe tot vaststelling en wijziging van de codes, zowel tarievcodes als technische codes. De jurisprudentie die dit heeft opgeleverd, levert het volgende beeld op.

Rechtskarakter Codes

Beroep tegen algemeen verbindende voorschriften wordt door artikel 8:2, onder a, Awb uitgesloten. In de artikelen 82 Elektriciteitswet 1998 en 61 lid 3 Gaswet heeft de wetgever zekerheidshalve beroep tegen vaststelling van codes opengesteld. Het CBB heeft dergelijke beroepen inmiddels dan ook al verschillende malen beoordeeld, ook beroepen ingesteld op een moment waarop het bereik van deze artikelen nog onzeker was,⁵⁶ waarbij het CBB in het midden liet of de codes algemeen verbindende voorschriften zijn.⁵⁷

Overleg met representatieve organisaties

De wet schrijft voor dat er voor vaststelling van een codevoorstel overleg tussen netbeheerders en representatieve organisaties moet zijn gevoerd. Diverse malen is geprocedeerd op basis van de stelling, dat het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders geen (adequaat) overleg vooraf is gegaan en dat daarom het voorstel niet had mogen worden gevolgd. Het CBB heeft een dergelijke beroep steeds ongegrond verklaard. Uit de wetsgeschiedenis leidde het CBB af dat representatieve organisaties een serieuze mogelijkheid moet worden geboden om bij hen levende opvattingen in te brengen en daarover in gesprek te komen, maar dat de wet niet eist dat hun bevindingen ook in de voorstellen moet worden verwerkt.⁵⁸

⁵⁶ De president van het CBB, 22 maart 2001, AWB 01/01 t/m 01/05, LJN: AB1238.

⁵⁷ CBB 2 augustus 2002, AWB 00/641, LJN: AE6773.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld: CBB 2 augustus 2002, AWB 00/640, LJN: AE6323 en CBB 4 september, AWB 01/400, LJN: AE8312.

Toetsing van codes

Over de wijze van toetsing van besluiten tot vaststelling of wijziging van de codes kan in algemene zin worden opgemerkt dat het CBb de DTe een ruime discretie laat. In de uitspraak van 11 februari 2005 zegt het CBb het zo:

“Binnen de grenzen van de Elektriciteitswet 1998, de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, beschikt verweerder over een discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling en wijziging van de Tarievenscode. Anders dan appellante tegen het bestreden besluit heeft aangevoerd, staat het verweerder dan ook in beginsel vrij om aan een besluit tot vaststelling of wijziging van de Tarievenscode beleidskeuzes ten grondslag te leggen, mits hij de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid niet overschrijdt.”⁵⁹

Eerder had het CBb al geoordeeld dat bij de beoordeling van de vraag of DTe, in het licht van de door haar in aanmerking te nemen belangen genoemd in artikel 36 Elektriciteitswet 1998, de betrokken bepalingen uit de codes niet heeft kunnen vaststellen zoals zij heeft gedaan, niet als criterium geldt wat de meest gewenste inhoud daarvan zou zijn, maar of de bij de vaststelling van het voorschrift gemaakte keuzes zich verdragen met hetgeen voortvloeit uit de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁰

Uitspraken codes

In de periode 2001-2005 heeft het CBb 21 uitspraken gedaan naar aanleiding van beroepen tegen de vaststelling of wijziging van de codes. In 12 zaken verklaarde het CBb het ingestelde beroep ongegrond of werd het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen.⁶¹ Eén uitspraak leidde tot prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁶² In acht uitspraken concludeerde het CBb tot gegrondverklaring van het beroep. In vier gevallen oordeelde het CBb dat een bepaling uit een code strijdig was met het bepaalde in de Elektriciteitswet 1998.⁶³

⁵⁹ CBb 11 februari 2005, AWB 04/511, LJN: AS7083

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: CBb 21 februari 2003, AWB 02/231, LJN: AF6054.

⁶¹ Pres. CBb, 9 februari 2001, AWB 00/944, 00/945 en 00/972, LJN: AB0038, Pres. CBb, 22 maart 2001, AWB 01/01 t/m 01/05, LJN: AB1238, CBb 2 augustus 2002, AWB 00/641, LJN: AE6773, CBb 2 augustus 2002, AWB 00/635, LJN: AE7302, CBb 2 augustus 2002, AWB 00/640, LJN: AE6325, CBb 2 augustus 2002, AWB 00/564, LJN: AE7300, CBb 4 september 2002, AWB 00/698a, LJN: AE8311, CBb 4 september 2002, AWB 00/681 en 00/682, LJN: AE8313, CBb 4 september 2002, AWB 00/712, LJN: AE8318, CBb 21 februari 2003, AWB 02/231, LJN: AF6054, CBb 21 februari 2003, AWB 02/230, LJN: AF6053 en CBb 11 februari 2004, AWB 04/511, AS7083.

⁶² CBb 13 november 2002, AWB 00/698B, 00/709 en 00/710, LJN: AF0513.

⁶³ CBb 2 augustus 2002, AWB 00/644, LJN: AE7251, CBb 4 september 2002, AWB 01/400, LJN: AE8312, CBb 5 november 2003, AWB 01/412, LJN: AO0894, CBb 6 juli 2005, AWB 04/226, LJN: AT9207.

Twee beroepen werden gegrond verklaard vanwege strijd met de op de DTe rustende motiveringsplicht (artikel 7:12 Awb).⁶⁴ In één uitspraak was zowel sprake van strijd met de Elektriciteitswet 1998 als met het motiveringsbeginsel.⁶⁵ Tot slot was er nog een uitspraak waarin diverse bepalingen uit de Technische code om verschillende redenen – strijd met: de Elektriciteitswet 1998, zorgvuldige voorbereiding (artikel 3:4) het motiveringsbeginsel (artikel 7:12 Awb) en het rechtszekerheidsbeginsel – vernietigd.⁶⁶

Op basis van bovenstaande gegevens kan worden geconcludeerd dat, afgezet tegen de omvang van de codes en de hoeveelheid wijzigingen ervan, relatief weinig beroepen worden ingesteld. Tegen die achtergrond kan voorts niet worden gezegd dat, ondanks dat in acht van de 21 gevallen het CBb het beroep gegrond verklaarde, “veel zaken bij het CBb sneuvelen”. Bovendien leert nadere bestudering van de betrokken acht uitspraken dat de vernietigingen niet tot grote problemen hebben geleid in die zin dat daardoor marktverstoringen optraden of dat herstel onmogelijk zou zijn. De uitspraken illustreren uiteraard wel, dat DTe ook op het stuk van de codes rekening heeft te houden met rechterlijke toetsing.

4.7.4 Beschouwing

Rapporteurs menen, dat uit de bevindingen van de zijde van marktpartijen en uit de jurisprudentie kan worden afgeleid, dat de technische codes zich als deugdelijk systeem van regulering hebben bewezen. De jurisprudentie laat zien, dat de stelling van respondenten en geïnterviewden, dat netbeheerders een dominante rol spelen en adviezen van representatieve organisatie niet hoeven te volgen niet zonder grond is. Zoals hierboven in het raam van de tariefregulering aangegeven, is dat op zich zelf geen reden om codes te diskwalificeren, al was het maar omdat DTe bij de vaststelling van de codes een eigen verantwoordelijkheid heeft en de codes bovendien aan rechterlijk toezicht zijn onderworpen.

Voor de gedachte, dat de codes daar waar zij marktfaciliterende gedragingen vereisen een meer expliciete grondslag vereisen, menen rapporteurs dat dat weliswaar technisch-juridisch niet noodzakelijk is – de wet schrijft voor dat DTe rekening houdt met onder meer het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de markt – maar ook rapporteurs menen dat energiewetten de

⁶⁴ CBb 29 oktober 2003, AWB 02/218, LJN: AO0898, CBb 10 november 2004, AWB 04/122, LJN: AR6474.

⁶⁵ CBb 18 oktober 2002, AWB 01/818, LJN: AF0461.

⁶⁶ CBb 4 september 2002, AWB 01/413.

verantwoordelijkheden van verschillende actoren zo helder mogelijk zouden moeten vastleggen.⁶⁷

4.8 *Afschakelplannen*

4.8.1 Beschrijving

Bij uitval van capaciteit, al dan niet door klimatologische omstandigheden, zal op rationele wijze bepaald moeten worden aan welke afnemers de levering van energie wordt stilgelegd, welke afnemers met andere woorden in welke volgorde worden afgeschakeld.

Voor elektriciteit is in de Systemcode vastgelegd dat een netbeheerder een afschakelplan moet hebben. De basis voor deze regels ligt in artikel 31 lid 1, sub c, Elektriciteitswet 1998. Alle netbeheerders hebben hun afschakelplannen naar DTe gestuurd.

Artikel 51 Gaswet schrijft voor dat de gezamenlijke (gas)netbeheerders samen met de representatieve organisaties een calamiteitenplan moeten opstellen. Dit plan wordt vervolgens door de minister vastgesteld.

4.8.2 Bevindingen marktpartijen

Over afschakelplannen zijn geen opmerkingen gemaakt.

4.8.3 Beschouwing

De onderzoeksbevindingen geven rapporteurs geen basis voor het doen van aanbevelingen.

4.9 *Transparantiebesluiten*

4.9.1 Beschrijving

Als beheerder van het hoogspanningsnet heeft TenneT tot taak de balans tussen vraag en aanbod van elektriciteit door de inzet van regel- en reservevermogen permanent te handhaven. DTe was van oordeel, dat voor een goede handhaving van de balans

⁶⁷ Voor de goede orde: niet in detail maar taakstellend.

onvoldoende informatie voor de betrokkenen voor handen was. Dat zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden, dat afnemers afgeschakeld waren geworden terwijl er toch (onbekend) reservevermogen beschikbaar zou zijn geweest.

DTe heeft daarom op grond van de artikelen 31 en 32 Elektriciteitswet 1998 een tweetal in de Systeemcode vastgelegde transparantiebesluiten genomen, met als doel de informatievoorziening over het regel- en reservevermogen ten behoeve van TenneT te waarborgen, waardoor de leveringszekerheid beter wordt gewaarborgd. Als gevolg hiervan zijn producenten met productie-eenheden groter dan 5 MW thans verplicht actuele informatie aan TenneT te verschaffen over de beschikbaarheid van deze eenheden, en als gevolg van deze besluiten is deze informatie ook openbaar beschikbaar.⁶⁸

Die informatievoorziening stelt overigens niet alleen TenneT beter in staat om de wettelijke taken inzake balancering te vervullen, maar draagt er ook aan bij dat marktpartijen zoveel mogelijk een goede taxatie kunnen maken van de ruimte op de onbalansmarkt, waardoor marktpartijen hun productiemiddelen ook efficiënter kunnen inzetten. Dit stimuleert marktpartijen beschikbaar vermogen aan te bieden, in het bijzonder de marktpartijen die anders over onvoldoende gegevens zouden beschikken aangaande het regel- en reservevermogen.

4.9.2 Bevindingen marktpartijen

Waar het marktinformatie betreft, is er door een van de geïnterviewden voor gepleit toepassing te geven aan artikelen 86d en 86e Elektriciteitswet 1998 en 66a en b Gaswet om niet alleen vanuit het perspectief van leveringszekerheid informatiestromen op gang te brengen maar dit ook uit overwegingen van marktwerking te doen. De thans bestaande informatieasymmetrieën zouden de ontwikkeling van groothandelsmarkten belemmeren.

In het kader van de consultatie van de Transparantiebesluiten heeft een aantal partijen aangevoerd dat de DTe geen wettelijke bevoegdheid zou hebben voor het nemen van de transparantiebesluiten. Partijen wijzen daarbij op artikelen 16, 31 en 36 van de Elektriciteitswet 1998.

⁶⁸ Tegen die openbaarmaking is door twee partijen bezwaar gemaakt. De bezwaren werden verworpen en beroep werd niet ingesteld.

4.9.3 Beschouwing

De opvatting, dat de artikel 31 Elektriciteitswet 1998 geen deugdelijke basis zou bieden voor de transparantiebesluiten lijkt rapporteurs onjuist. De stelling, dat dit zo zou zijn werd ook niet toegelicht. Rapporteurs wijzen erop, dat tot de belangen die volgens artikel 31 Elektriciteitswet 1998 moeten worden gediend onder meer behoren het belang van het betrouwbaar en duurzaam functioneren van de elektriciteitsvoorziening en het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt. Zowel de technische aspecten als de handelstechnische aspecten van de transparantiebesluiten hebben dus een deugdelijke wettelijke grondslag.

Rapporteurs zien verder geen aanleiding suggesties voor verbetering te doen. Het pleidooi de artikelen 86d en 86e Elektriciteitswet 1998 en 66a en g Gaswet toe te passen vereist, als er beleidsmatige redenen zijn om dit te honoreren, geen wetswijziging.

4.10 Aansluitingen (gas)

4.10.1 Beschrijving

Van de zijde van de DTe is opgemerkt dat er zowel bij DTe als in de markt onduidelijkheid bestaat over artikel 1, sub d en m, Gaswet. Onduidelijkheid is met name wat juridisch nog onder een gasaansluiting moet worden begrepen en waar de scheiding ligt tussen de installatie van de afnemer en het gastransportnet.⁶⁹

Verder is van de zijde van de DTe aandacht gevraagd voor aansluitingen te leveren door gasnetbeheerders. Aansluitingen voor gas behoren tot het ongereguleerde domein, en netbeheerders hebben hierin (anders dan bij elektriciteit, zie artikel 27 Elektriciteitswet 1998) geen wettelijke taak. In de praktijk blijken zowel aannemers als

⁶⁹ Onlangs is deze problematiek in het kader van een ontheffingsaanvraag van Delta ten behoeve van de Sloecentrale aan de orde gekomen. DTe heeft geoordeeld dat de gasaansluiting, in tegenstelling tot een elektriciteitsaansluiting, niet uit bepaalde fysieke onderdelen, zoals een beveiliging en een kabel, bestaat. De aansluiting zelf is in deze redenering dan niet meer dan een 'virtueel' punt, ook wel het 'overdrachtspunt' genoemd. De aansluiting hoeft niet per se op het terrein van de afnemer gesitueerd te zijn, maar kan ook bij de 'knp' in het gasnet liggen, in de praktijk soms kilometers verwijderd van de onroerende zaak. Waar de aansluiting ligt, is afhankelijk van de vraag in wiens eigendom de verschillende leidingen zijn. In de praktijk wordt de aansluiting geïdentificeerd aan de hand van de meter. De definitie van 'aansluiting' in artikel 1 lid 1, sub m, van de Gaswet is echter op dit punt niet duidelijk, omdat uit het woord 'verbinding' lijkt alsof het louter zou gaan om een fysieke constructie. De markt heeft signalen gegeven dat zij de aansluiting zo ook beschouwt, waardoor ook een gehele leiding of een gedeelte van een gasleiding als aansluiting in de zin van de Gaswet kan worden gezien.

netbeheerders aansluitingen te realiseren. Netbeheerders mogen op basis van artikel 10b Gaswet echter geen activiteiten verrichten waarmee ze in concurrentie treden. Voor elektriciteit is op het vergelijkbare concurrentieverbod een uitzondering voor aansluitingen. In de Gaswet (artikel 17a Gaswet) is dat niet het geval. Markt en DTe vragen zich af of het netbeheerders nu wel of niet vrij staat aansluitingen te leveren en zo ja, of daarvoor een afzonderlijk tarief aangerekend mag of moet worden.

4.10.2 Bevindingen marktpartijen

Marktpartijen hebben zich niet specifiek over deze materie uitgelaten.

4.10.3 Beschouwing

De omschrijving van de aansluiting is onder meer van belang voor de vraag wie tot waar verantwoordelijk is voor het onderhoud. Ook bij het verlenen van ontheffingen voor het aanwijzen van een netbeheerder is van belang precies vast te kunnen stellen waar de aansluiting zich bevindt. Heldere definities zijn dan ook van belang, en overweging verdient om na te gaan of artikel 1, sub d en m, Gaswet kan worden verduidelijkt.

Voor wat betreft de aanleg van aansluitingen door netbeheerders moet worden vooropgesteld dat – nog los van de energiewetgeving – rechtens niet vanzelfsprekend is dat een netbeheerder bevoegd is om zelf of door een verwante onderneming aansluitingen te realiseren, daarbij al dan niet gebruikmakend van adresgegevens en andere voor de aanleg van aansluitingen relevante data (aardingsgegevens). Zoals uit een uitspraak van Rechtbank Zutphen in een geschil tussen de Veluwe Nutsbedrijven en de in de VNI verenigde installatiebedrijven⁷⁰ blijkt, kunnen dergelijke werkzaamheden heel goed afstuiten op het mededingingsrecht of op de privaatrechtelijke eisen inzake eerlijke concurrentie. Wanneer de energiewetgeving onduidelijkheden oproept bij de toezichthouder en de markt dan ligt verduidelijking stellig in de rede, maar daarbij zal aandacht moeten worden geschonken aan rechtsvragen omtrent concurrentie. Indien hier naar het oordeel van de wetgever taken voor netbeheerders zouden liggen, dan zou bijvoorbeeld stilgestaan kunnen worden bij de mogelijkheid deze taken als openbare dienstverplichting vast te leggen op dezelfde wijze als die waarop dat in de Electriciteitswet 1998 is gebeurd.

⁷⁰ Besproken en geciteerd door J.J.C. Kabel en K. Janssen hun artikel Commercialisering van overheidsinformatie door de overheid: rechtspraak en wetgeving in België en Nederland. De honden blaffen, maar de karavaan trekt voort, Computerrecht 2005-3, p. 117-129.

5 Groothandel

5.1 Beleidsdoelstellingen en wettelijke bepalingen

5.1.1 Beschrijving

Met betrekking tot de groothandel in elektriciteit en gas vormt de geleidelijke realisering van een goed functionerende Europese energiemarkt de hoofddoelstelling. Die liberalisering dient te resulteren in meer keuzevrijheid voor producenten en afnemers van energie en daarmee tot meer concurrentie op de groothandelsmarkt. Verwacht werd dat die concurrentie zou leiden tot meer efficiëntie, lagere kosten, een betere internationale concurrentiepositie van de energiebedrijven, lagere prijzen, een betere dienstverlening en een meer gedifferentieerd productenpakket voor eindverbruikers.

De verwezenlijking van een goed functionerende Europese markt voor de groothandel in energie vereist niet alleen dat afnemers en producenten op nationaal niveau vrij zijn in de keuze van een leverancier, maar tevens dat de nationale energiemarkt openstaat voor grensoverschrijdend energieverkeer. Met de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet werd daartoe de energiemarkt voor grootverbruikers als eerste geliberaliseerd.

De inwerkingtreding van de Elektriciteitswet 1998 bracht ook mee dat de import van elektriciteit werd vrijgelaten, te beginnen met de import ten behoeve van grootverbruikers. De wet voorzag echter in een bevoegdheid van de minister van Economische Zaken om een verbod van import van elektriciteit uit bepaalde landen af te kondigen, in geval door die import verstoring van het evenwicht op de energiemarkt dreigde (zie de inmiddels vervallen artikelen 29, 30 en 31 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998). Thans behelst de Elektriciteitswet 1998 enkel nog een verplichting van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet om ten minste eenmaal in de drie maanden alle in die periode aan hem gerichte verzoeken om import of export van elektriciteit aan de minister van Economische Zaken te melden (artikel 44 Elektriciteitswet 1998). De Gaswet kent naast een soortgelijke meldingsplicht (artikel 72 Gaswet) bovendien nog de mogelijkheid dat de minister van Economische Zaken bij ministeriële regeling afnemers, handelaren, leveranciers, overeenkomsten en landen aanwijst, ten aanzien waarvan diens toestemming is vereist voor het transport van gas uit een ander land naar Nederland. De minister mag daartoe evenwel pas overgaan, indien uit de import- en exportmeldingen blijkt dat bij het openstellen van de gasmarkten een verstoring van het evenwicht optreedt of dreigt op te treden (artikel 73 Gaswet).

Omdat de mogelijkheid om energie te importeren of te exporteren afhankelijk is van de daarvoor beschikbare transportcapaciteit, is voor het functioneren van de groothandelsmarkt ten slotte van groot belang hoe die transportcapaciteit wordt

verdeeld. De artikelen 31 leden 4, 5, 6 en 31a Elektriciteitswet 1998 en 12b lid 2, aanhef en onder b, Gaswet geven hiervoor de regels (zie ook artikel 18h Gaswet). Verder speelt artikel 31 lid 6 van de Elektriciteitswet 1998 een belangrijke rol bij landgrensoverschrijdende transportcapaciteit. Deze bepaling vormde bijvoorbeeld de basis die financiering door TenneT van de NorNed-kabel mogelijk maakte.

Ten slotte voorzien de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter bevordering van een goed functionerende, transparante en liquide markt voor vraag en aanbod van energie in de oprichting van een beurs (artikel 86d Elektriciteitswet 1998 en artikel 66a Gaswet) en in de bevoegdheid regels te stellen voor beschikbaarheid van marktgegevens (artikel 86e Elektriciteitswet 1998 en 66b Gaswet).

Tot de belangrijkste wettelijke mogelijkheden van DTe om deze marktontwikkeling te bevorderen, behoren verder de in 5.6.12.1.a Netcode neergelegde inbiedplicht, op grond waarvan de gebruikers van grensoverschrijdende capaciteit voor elektriciteit de geïmporteerde elektriciteit via de APX moeten verhandelen, de 400 Mw importgrens van artikel 31a Elektriciteitswet 1998, de monitoringsactiviteiten bedoeld in artikel 5 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en de bevoegdheden gegevens op te vragen, neergelegd in de artikelen 7 Elektriciteitswet 1998 en 34 en 35 Gaswet en tenslotte de hiervoor genoemde transparantiebesluiten neergelegd in de systeemcode.

5.1.2 Bevindingen marktpartijen

Gemiddeld geeft 17% van de respondenten aan dat er geen betere mogelijkheden dan het huidige wettelijke kader van de Elektriciteitswet 1998 om doelstellingen voor de groothandelsmarkt te realiseren. Meer dan helft van de respondenten weet het niet of heeft geen antwoord gegeven. Een kwart van de respondenten ziet wel betere manieren om een aantal zaken effectiever te regelen.

5.1.3 Beschouwing

De onderzoeksbevindingen geven rapporteurs onvoldoende houvast voor het doen van aanbevelingen.

5.2 *Europese integratie van energiemarkten: internationale samenwerking*

Integratie van markten kan onder meer worden bevorderd door:

- voldoende (meer) landgrensoverschrijdende transportcapaciteit tussen de lidstaten;
- de allocatie van de beschikbare capaciteit te verbeteren en
- koppeling met buitenlandse elektriciteitsproductieparken.

5.2.1 Beschrijving

DTe zoekt (en vindt) daartoe sinds 2003 overleg met buitenlandse regulators. Ook door betere coördinatie tussen landelijke netbeheerders wordt getracht meer capaciteit beschikbaar te maken. Daarnaast kan de allocatie van de beschikbare capaciteit worden verbeterd door marktkoppeling van beurzen, waarbij de risico's voor de marktpartijen afnemen. Verder wil DTe ook grensoverschrijdende handel gedurende de dag na sluiting van de daghandel mogelijk maken, om aldus Europese marktintegratie te bevorderen.

5.2.2 Bevindingen marktpartijen

Een aantal respondenten geeft aan dat een breder Europees kader gewenst is. Ook van de zijde van de (grootzakelijke) afnemers en de APX wordt gepleit voor bevordering van een Noordwest-Europese markt. Verschillende geïnterviewden zien als een belangrijke belemmering voor het vormen van de Europese markt dat DTe – evenals andere regulators en evenals de nationale netbeheerders – werkt vanuit nationale wetgeving, en geen grensoverschrijdende bevoegdheden heeft of informatie kan delen met buitenlandse regulators.

5.2.3 Beschouwing

Hoewel kan worden vastgesteld, dat DTe een aantal deugdelijke middelen heeft ter bevordering van integratie van markten en deze middelen ook niet zonder effect worden ingezet, zien veel respondenten en ziet ook DTe zelf de verdere integratie in belangrijke mate afhangen van de totstandkoming van internationale samenwerking. Daartoe lijkt evident, dat de regelgeving zal moeten gaan voorzien in samenwerking tussen nationale regulators en nationale netbeheerders.

Op 8 maart 2006 heeft de Europese Commissie het groenboek "Een Europese strategie voor duurzame, concurrerende en continu geleverde energie voor Europa" het licht doen zien.⁷¹ Daarin laat de Commissie weten de marktintegratie in de breedst mogelijke zin te willen onderzoeken, en het groenboek vermeldt als voornemen op dit punt (op blz. 22) het volgende:

"De EU moet werk maken van de voltooiing van de interne gas- en elektriciteitsmarkten. Hiertoe kan het volgende worden ondernomen:

⁷¹ COM(2006) 105 definitief, GROENBOEK Een Europese strategie voor duurzame, concurrerende en continu geleverde energie voor Europa.

- de ontwikkeling van een Europees Net, onder meer aan de hand van een Europese netcode; overweging van de mogelijkheid een Europese regelgever en een Europees Centrum voor Energienetwerken in te stellen;
- verbetering van de interconnectie;
- ontwikkeling van een raamwerk om nieuwe investeringen te bevorderen;
- efficiëntere voortzetting van de ontbundeling;
- krachtige bevordering van het concurrentievermogen, onder meer via betere coördinatie tussen de regelgevers, de mededingingsautoriteiten en de Commissie.

Deze aspecten moeten prioritair worden aangepakt. De Commissie zal een definitief besluit nemen over eventuele aanvullende maatregelen om de snelle voltooiing van echt concurrerende, Europese elektriciteits- en gasmarkten te garanderen, en zal tegen het einde van dit jaar met voorstellen in dit verband komen."

Het licht in de rede bij de door dit groenboek aangezwengelde discussie aan te sluiten. Dat hoeft overigens geenszins te beletten dat, vooruitlopend op communautaire regelgeving, op regionaal niveau alvast kan worden gewerkt aan geharmoniseerde nationaalrechtelijke bepalingen die gegevensuitwisseling en samenwerking aan DTe en zijn counterparts toestaan. Bij politieke overeenstemming zal een dergelijk regionaal harmonisatieproces ook sneller kunnen verlopen dan een communautair proces. Een dergelijk regionaal proces zou ook passen bij de omstandigheden dat zaken als marktkoppeling voorshands hoe dan ook eerder een regionale dan een volledig Europese schaal lijken te zullen hebben.

5.3 *Europese integratie van energiemarkten: interconnectiecapaciteit*

5.3.1 Beschrijving

Op grond van artikel 31 lid 6 Elektriciteitswet 1998 dient TenneT de opbrengsten van het veilen van grensoverschrijdende transportcapaciteit te benutten voor investeringen in het opheffen van knelpunten in grensoverschrijdende capaciteit dan wel voor andere door DTe te bepalen doelen. Op basis daarvan verzocht TenneT in 2004 instemming voor aanleg van de NorNed-kabel uit deze veilingmiddelen, welke instemming op 23 december 2004 door DTe werd verleend. De kabel zal de door DTe geëiste interconnectiecapaciteit van 700 MW hebben. Aan die eis lag de analyse ten grondslag, dat het verzochte investeringsbedrag bij een lagere capaciteit onvoldoende welvaartsvoordelen voor de Nederlandse markt zou opleveren. De capaciteit zal via de beurzen APX en NordPool geheel voor de markt beschikbaar komen. De NorNed-kabel zal naar verwachting eind 2007 in gebruik worden gesteld.

5.3.2 Bevindingen marktpartijen

Vanuit de representatieve organisatie van de zakelijke (groot)verbruikers en de APX wordt de NorNed kabel als goede stap voor de totstandkoming van een Noordwest-Europese markt gezien.

Een van de respondenten bepleit dat er betere allocatiemechanismen voor landgrensoverschrijdende transportcapaciteit van gas moeten komen, al dan niet met behulp van een use-or-lose mechanisme.

Van de zijde van VEMW wordt gepleit voor afschaffing van artikel 13 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector, de bepaling die (ter vervanging van de daarmee overeenkomende bepalingen in de Netcode) als overgangsmaatregel van de Elektriciteitswet 1989 naar de Elektriciteitswet 1998 importcapaciteit ten behoeve van oude SEP-importcontracten reserveerde.

5.3.3 Beschouwing

Zowel in het raam van de onderhavige rapportage (door grootzakelijke afnemers) als bij gelegenheid van de totstandkoming van het NorNed-besluit (van de zijde van vrijwel alle daarop insprekenden) is de toegestane financiering voor de NorNed-kabel gezien als een positieve stap naar marktintegratie en vergroting van liquiditeit. Rapporteurs zien in algemene zin geen reden aanpassingen van artikel 31 lid 6 Elektriciteitswet 1998 te suggereren. Op juridisch-technisch niveau is wel een aanpassing denkbaar, aangezien naar de letter van de wet niet volkomen zeker is, dat TenneT voor de beoogde investering überhaupt instemming van DTe nodig had. Als de wetgever dit onderdeel van het DTe-toezicht essentieel vindt en zonder ruimte voor twijfel zou willen verankeren, dan zou een redactionele verduidelijking opportuun zijn.

Waar het betreft allocatiemechanismen wordt verder enerzijds aangegeven dat een use-or-lose mechanisme heilzaam werk zou kunnen doen maar hebben rapporteurs verder vastgesteld dat buiten de ten behoeve van deze rapportage verstrekte inlichtingen door anderen (onder meer door VOEG⁷²) voor meer verfijnde allocatiemechanismen wordt gepleit, omdat use - or - lose onvoldoende waarborgen tegen ingekochte maar ongebruikt blijvende capaciteit zou bieden. Rapporteurs zijn niet bij machte een bepaalde oplossingsrichting voor dit onderwerp aan te reiken,

⁷² Reactie van VOEG i.h.k.v. DTe consultatie 2004, te vinden op de website van DTe.

maar doen wel de aanbeveling verbetering van regels inzake allocatiemechanismen te onderzoeken.

Het CBb heeft bij uitspraak van 24 mei 2006⁷³ het besluit waarbij de aan artikel 13 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector voorafgaande bepalingen uit de Netcode werden gehandhaafd wegens strijd met het Europese recht vernietigd. TenneT had naar aanleiding van de in die zaak door het Hof van Justitie van de EG gedane prejudiciële uitspraak de desbetreffende capaciteit reeds in de veiling betrokken. Het is niet aannemelijk dat artikel 13 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector alsnog zal worden uitgevoerd, maar dat neemt niet weg dat het in de rede ligt de bepaling te schrappen.

5.4 *Europese integratie van energiemarkten: inbiedplicht*

5.4.1 Beschrijving

Om efficiënt en daadwerkelijk gebruik van (bestaande) interconnectiecapaciteit te verzekeren is in de Netcode (artikel 5.6.12.1.a.) voorgeschreven dat partijen die interconnectiecapaciteit hebben verkregen⁷⁴ deze ook daadwerkelijk moeten gebruiken, en wel door de eis dat zij een hoeveelheid elektriciteit op de APX moeten verhandelen gelijk aan de verkregen hoeveelheid importcapaciteit. Aldus wordt nagestreefd dat capaciteit maximaal wordt benut en transparantie – verhandeling op de beurs – wordt bevorderd.

Bij toezicht op naleving van deze bepaling kwamen in 2002 elf schendingen aan het licht. DTe legde bindende aanwijzingen – waarvan er enkele in bezwaar licht werden gemodificeerd – en DTe heeft door controle kunnen vaststellen dat deze door de betreffende partijen werden nageleefd. In 2005 werden opnieuw overtredingen vastgesteld en op 15 september 2005 zijn acht bedrijven dienaangaande beboet.

5.4.2 Bevindingen marktpartijen

Vanuit representatieve organisatie van leveranciers en handelaars is opgemerkt dat de inbiedplicht slechts een verplichte subsidie is aan de APX.

⁷³ CBb 24 mei 2006, AWB 00/863, LJN: AX3436.

⁷⁴ Het gaat in dit geval om op de dagveiling verkregen capaciteit. Het kunnen beschikken over capaciteit op maand- of jaarbasis hoeft niet te leiden tot verkoop via de APX.

5.4.3 Beschouwing

Rapporteurs kunnen niet beoordelen of daadwerkelijk kan worden gezegd dat APX zonder inbiedplicht kan voortbestaan en of alternatieve beurzen spontaan tot stand zouden komen. Rapporteurs wijzen er overigens op dat uit onderzoek in opdracht van DTe⁷⁵ naar voren is gekomen dat de tarieven van APX weliswaar aan de hoge kant zijn maar niet van een niveau zijn dat tot ingrijpen aanleiding geeft.

5.5 *Europese integratie van energiemarkten: dominante posities*

5.5.1 Beschrijving

Om te voorkomen dat de toekenning van importcapaciteit dominante posities zou bevorderen voorziet de wet in artikel 31a Elektriciteitswet 1998 in het voorschrift dat geen enkele marktpartij op enig handelsmoment mag beschikken over meer dan 400 MW aan importcapaciteit.

In 2004 heeft DTe geen schendingen van artikel 31a Elektriciteitswet 1998 vastgesteld. In 2005 werd één overtreding geconstateerd en beboet.

5.5.2 Bevindingen marktpartijen

Een tweetal respondenten merkt op dat artikel 31a Elektriciteitswet 1998 in de loop van de tijd overbodig is geworden. VEMW pleit voor afschaffing van dit artikel.

5.5.3 Beschouwing

Uit hoofde van artikel 31a, lid 5 Elektriciteitswet 1998 kan de begrenzing van 400 MW (generiek) worden opgeheven indien de marktontwikkelingen daartoe aanleiding geven. Voor aanpassing van regelgeving bestaat dus volgens rapporteurs geen noodzaak.

⁷⁵ Zie het advies van DTe aan de minister van Economische Zaken van september 2005 inzake een toezichtmodel voor Nederlandse energiebeurzen, te vinden op de website van DTe.

5.6 *Goed functionerende elektriciteits- en gasmarkt*

5.6.1 Beschrijving

De inkoopprijs van gas en elektriciteit vormt een zeer aanzienlijk onderdeel van de kostenstructuur van de energieleveranciers en de industrieën, zoals de ondernemingen vertegenwoordigd in VEMW. De mogelijkheden van DTe om met binnenlandse maatregelen de liquiditeit van de groothandelsmarkten voor energie te bevorderen zijn evenwel beperkt. De inspanningen van DTe zijn dan ook in belangrijke mate gericht op de geleidelijke vorming van Europese energiemarkten.

Zowel ten behoeve van deze ontwikkeling als met het oog op de liquiditeit van energiemarkten in Nederland voert DTe de door artikel 5 Elektriciteitswet 1998 voorgeschreven monitoringswerkzaamheden uit. DTe stelt voor de minister jaarlijks een verslag op, en maakt voor elektriciteit en wekelijkse monitor op. DTe maakt met het oog op monitoring gebruik van de bevoegdheden die DTe in de artikelen 7 van de Elektriciteitswet 1998 en 34 en 35 van de Gaswet zijn verleend.

Om de geconstateerde beperkte liquiditeit te vergroten zijn DTe en TenneT overeengekomen, de veilingen van de jaarlijks beschikbare importcapaciteit niet meer ineens, maar verspreid door het jaar te houden. Deze maatregel wordt in 2006 geïmplementeerd.

Naar aanleiding van de monitoringsactiviteiten heeft Gasunie Transportservices op aanwijzing van DTe een entry/exit systeem voor gastransport opgezet, waardoor de virtuele marktplaats Title Transfer Facility (hierna: TTF) mogelijk werd gemaakt, alwaar daadwerkelijk verhandeling van hoogcalorisch gas plaatsvindt.

In 2004 heeft DTe een onderzoek gedaan naar de beschikbaarheid van de voor liquiditeit van de gasmarkt belangrijke kwaliteitsconversie, dat wil zeggen de omzetting - bijvoorbeeld door bijmengen van stikstof - van hoogcalorisch naar laagcalorisch gas, waarmee handelaren in staat worden gesteld om hun hoogcalorisch gas na omzetting in Nederland te verhandelen. Gasunie Transportservices is op grond van artikel 10a lid 1, onder c, Gaswet verplicht kwaliteitsconversie aan te bieden. DTe moest de conclusie trekken dat er wel theoretische maar geen praktische mogelijkheden waren kwaliteitsconversie in ruimere mate beschikbaar te maken.⁷⁶

⁷⁶ Zie Onderzoeksrapportage Kwaliteitsconversie d.d. 3 juni 2004, te vinden op de DTe website.

Aangezien van leveringsweigering inzake kwaliteitsconversie niet bleek, heeft DTe geen maatregelen genomen.

In de door DTe op basis van het toenmalige artikel 13 Gaswet vastgestelde richtlijnen heeft DTe verder de kosten voor kwaliteitsconversie gedeeltelijk doen onderbrengen in het transporttarief, waardoor deze kosten gedeeltelijk worden omgeslagen en het concurrentienadeel van handelaren die hoogcalorisch gas willen afzetten dus wordt beperkt.

DTe heeft tenslotte na een consultatie – waarin respondenten aanmerkelijk gedetailleerder in zijn gegaan op deze problematiek dan zij tijdens deze evaluatie deden – op 1 januari 2006 het document "Prioriteiten marktwerking groothandelsmarkt gas"⁷⁷ bekend gemaakt. Daarin schetst DTe een aantal verdere voornemens ter versterking van deze markt, zoals verbetering van allocatiemechanismen voor transportcapaciteit, beschikbaarheid van kwaliteitsconversie als systeemdienst en betere toedeling van capaciteit voor import en export.

5.6.2 Bevindingen marktpartijen

Waar het de ten behoeve van monitoring gedane informatieverzoeken betreft, is een kleine meerderheid van de respondenten van oordeel dat de Elektriciteitswet 1998 en daarop gebaseerde lagere regelgeving leidt tot te hoge administratieve lasten. Van de zijde van DTe wordt er in verband met deze informatiebevoegdheden op gewezen dat zowel artikel 7 van de Elektriciteitswet 1998 als artikel 35 van de Gaswet de groep die verplicht is mee te werken aan de informatieverzoeken beperkt is, en dat niet ondenkbaar is dat de bepalingen daardoor ontoereikend worden.

Als belangrijkste bezwaar inzake de groothandelsmarkt komt in algemene zin naar voren dat die markten onvoldoende liquide zijn. In verband daarmee wordt door sommige respondenten gepleit voor strenge regulatoire regelgeving, vergelijkbaar met regelgeving toegepast op marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht in de telecomsector. De markt voor gas is met handen en voeten gebonden aan Gasunie, zodat van enige marktontwikkeling geen sprake kan zijn, aldus een van de geïnterviewden. Een aantal respondenten geeft in diezelfde lijn aan dat de ontwikkeling van de gasmarkt wordt belemmerd doordat er slechts een beperkte hoeveelheid vrij verhandelbaar gas beschikbaar is.

⁷⁷ Rapport en consultatiedocumenten zijn te vinden op de DTe website.

Voor gas merkt een ruime meerderheid van de respondenten op dat zij niet weten of er betere manieren zijn dan het huidige wettelijke kader om de doelstelling voor de groothandelsmarkt te bereiken. Door sommige respondenten en geïnterviewden worden een aantal mogelijkheden van verbetering genoemd, zoals:

- ex ante toezicht op partijen met aanmerkelijke marktmacht, waarbij deze marktmacht niet op basis van marktaandeel maar op basis van vermogen op kritieke momenten prijzen te kunnen beheersen wordt toegepast;
- transparantie en non-discriminatieverplichtingen;
- verbod op koppelverkoop;
- een inbiedplicht voor een deel van het gas.
- verruiming van de mogelijkheden gas op een exitpunt weder in te voeren;
- verbetering van het allocatiemechanisme voor landgrensoverschrijdende transportcapaciteit en het toepassen van use-it-or-lose-it principe.

5.6.3 Beschouwing

Waar het de informatieverplichtingen betreft menen rapporteurs in lijn met de in hoofdstuk 2 in algemene zin in overweging gegeven aanpak dat zou kunnen worden overwogen de beperkingen van de bevoegdheid informatie in te winnen niet zozeer te zoeken in wettelijke omlijning van de groep informatieplichtigen maar uitsluitend in de aan DTe opgedragen taken en wettelijke doelstellingen. Deze zouden dan bepalend zijn voor de vraag welke informatie van wie gevraagd kan worden. Aan marktpartijen kan worden toegegeven dat informatieverplichtingen zware lasten mee kunnen brengen en dat die door domeinvergroting nog zwaarder kunnen gaan. Vraag is echter of een regulator belast met ex ante regulering het wel zonder marktinformatie kan stellen. Volgens rapporteurs verdient overweging na te gaan of begrenzungen niet beter in bijvoorbeeld beleidsregels kunnen worden vastgesteld dan in formeelwettelijke regels.

Voor wat betreft de bevindingen van marktpartijen inzake de beperkte liquiditeit van energiemarkten kan worden vastgesteld, dat hun bevindingen en voorstellen dienaangaande goeddeels samenvallen met het door DTe gevoerde of voorgenomen beleid. Reden om aanpassing van regelgeving in overweging te geven geeft dat in algemene zin dan ook niet.

Hoewel kan worden vastgesteld, dat Gasunie Trade & Supply de afgelopen jaren een betekenisvol marktaandeel heeft verloren, kan tegelijkertijd worden geconstateerd, dat Gasunie Trade & Supply nog steeds een belangrijke aanbieder op de

groothandelsmarkt voor gas is. Hoewel rapporteurs daarnaar geen onderzoek deden, is waarschijnlijk dat deze positie terug te voeren is op twee omstandigheden. Dat is in de eerste plaats het feit, dat Gasunie Trade & Supply als onderdeel van het Gasgebouw⁷⁸ door de houders van de mijnbouwconcessie voor het Groningenveld is bestempeld tot, huiselijk gezegd, hun "verkoopkantoor" voor gas uit de concessie Slochteren. Dit omvangrijke gasvoorkomen speelt vanouds en nog steeds een belangrijke rol op de groothandelsmarkt. Dat is in de tweede plaats het feit, dat aan Gasunie Trade & Supply in artikel 54 Gaswet de publieke taak is opgedragen om gas uit andere (kleine) velden in Nederland af te nemen, en wel tegen een marktconform tarief. De producenten van kleine velden zijn weliswaar rechtens niet verplicht hun gas aan Gasunie Trade & Supply aan te bieden, maar de meeste producenten doen dat vanwege de marktconforme tarieven die Gasunie Trade & Supply wettelijk moet bieden wel. Deze taakstelling heeft tot doel duurzame depletie van gasvoorraden in Nederland te bevorderen. Consequentie is uiteraard wel dat Gasunie Trade & Supply dit gas weer op de groothandelsmarkt moet afzetten en dat dit gas bijdraagt aan de het feit dat Gasunie Trade & Supply een belangrijke aanbieder is.

In verband met deze belangrijke positie op de groothandelsmarkt heeft DTe in het hierboven al genoemde document "Prioriteiten marktwerking groothandelsmarkt gas"⁷⁹ laten weten het voor de liquiditeit van de gasmarkt belangrijk te vinden dat Gasunie Trade & Supply verplicht zou worden via het TTF te handelen. Daaraan voegt DTe terecht de constatering toe, dat het huidige wettelijke kader aan DTe geen bevoegdheden geeft om Gasunie Trade & Supply daartoe te verplichten. Voordat van dergelijke verplichtingen sprake kan zijn zal dus de Gaswet gewijzigd moeten worden.

Rapporteurs voegen daaraan toe, dat de Europese richtlijnen inzake gas niet voorschrijven, dat de Nederlandse regelgeving de DTe in staat zou moeten stellen aan Gasunie Trade & Supply dergelijke verplichtingen op te leggen. Dat betekent dat de vraag, in welke mate overwegingen van marktwerking tot verplichtingen voor Gasunie Trade & Supply moeten kunnen leiden een (politieke) vraag is die door de Nederlandse wetgever in vrijheid kan worden beantwoord en waarbij dus overwegingen inzake gasbaten en duurzaam depletiebeleid een rol kunnen spelen.

Nog daargelaten dat het kleine velden beleid niet tot de evaluatie behoort zien rapporteurs geen juridische aanleiding om aanpassing van de regelgeving in overweging te geven, tenzij de wetgever zou vinden dat DTe met het oog op het

⁷⁸ Een - uiterst succesvolle - publiek-private samenwerking avant la lettre, vgl. de als bijlage 1 bij TK 2001-2002, 28 108, nr.1 ter inzage gelegde schets van het Gasgebouw.

⁷⁹ Rapport en consultatiedocumenten zijn te vinden op de DTe website.

belang van marktwerking ook Gasunie Trade & Supply (en eventueel: anderen aan de aanbodzijde van de groothandelsmarkten voor gas en elektriciteit) zou moeten kunnen reguleren.

5.7 *Flexibiliteitsdiensten gas*

5.7.1 Beschrijving

Veel afnemers kennen schommelingen in hun gasafnamepatroon. Zij zullen van hun leverancier een flexibel en op hun behoeften afgestemd leveringspatroon bedingen, en deze flexibiliteit van levering wordt als afzonderlijke dienst beschouwd. Traditioneel worden dergelijke diensten in Nederland door Gasunie Trade & Supply geleverd, omdat Gasunie Trade & Supply producent is van het Slochterenveld en dit gasvoorkomen door zijn specifieke kenmerken – ontgaan van nuances: dit gasvoorkomen bevindt zich onder relatief grote druk, en schommelingen kunnen worden opgevangen door de gaskraan meer of minder open te draaien – geschikt is voor het leveren van flexibiliteitsdiensten.

Met artikel 10a lid 1 onder d Gaswet heeft de wetgever Gasunie Transportservices de wettelijke taak te geven flexibiliteitsdiensten te leveren, en wel zolang Gasunie Trade & Supply⁸⁰ een economische machtspositie heeft op de markt voor flexibiliteit. Bij het op artikel 82 lid 2 Gaswet rustende besluit van 5 december 2005⁸¹ heeft DTe geconstateerd, dat Gasunie Trade & Supply deze economische machtspositie heeft en daarom vastgesteld op welke wijze de tarieven daarvoor zullen worden bepaald. Artikel 10a lid 3 Gaswet heeft tot gevolg, dat Gasunie Trade & Supply daartoe de nodige hoeveelheid gas aan Gasunie Transportservices moet leveren, en wel tegen redelijke tarieven.

Omtrent die tarieven (en voorwaarden) heeft DTe op 12 januari 2006 een beleidsregel vastgesteld.⁸² De aldaar geformuleerde toetsing gaat niet uit van oriëntatie op de kostprijs van Gasunie Trade & Supply, maar zoekt – mede om investeringen in concurrerende infrastructuur niet te hinderen – aansluiting bij een bredere maatstaf, waarin naar een bandbreedte zal worden gezocht die mede bepaald wordt door tarieven van andere aanbieders.

⁸⁰ De huidige wettelijke terminologie is nog niet aangepast aan de juridische splitsing van Gasunie in Gasunie Transportservices en Gasunie Trade & Supply. Dit zal met de Veegwet EZ worden gedaan.

⁸¹ In de openbare versie te vinden op de website van DTe.

⁸² Beleidsregel inzake toezicht artikel 10a, lid 3 van de Gaswet, Stcrt 16 januari 2006, 11.

5.7.2 Bevindingen marktpartijen

Een respondent en enkele geïnterviewden geven aan dat artikel 10a Gaswet en de daarop door DTe gebaseerde besluiten bijdragen aan de dominantie van Gasunie Transportservices op het gebied van flexibiliteitsdiensten, en aan concurrerend aanbod in de weg staan. Ook wordt aangegeven, dat in de Gaswet niets is geregeld op het gebied van stimulerende maatregelen op onder meer het gebied van flexibiliteitsdiensten.

Een van de respondenten geeft aan dat de taak van de gasbeurs en de verplichting om flexibiliteitsdiensten aan te bieden, moeilijk verenigbaar zijn. Volgens de respondent is hier sprake van tegenstrijdige regelgeving.

In het kader van de consultatie van het ontwerp-methodebesluit flexibiliteitsdiensten heeft de APX opgemerkt dat het voorgenomen methodebesluit in strijd is met doelstellingen als opgenomen in 10a, lid 1 sub d van de Gaswet. Het doel van artikel 10a, lid 1, sub d Gaswet en het ontwerp-methodebesluit is geformuleerd als het voor een tijdelijke periode beschikbaar maken van flexibiliteitsdiensten tegen redelijke tarieven en voorwaarden, om zodoende het functioneren van de gasmarkt te bevorderen. Naar de mening van APX wordt echter met het ontwerp-methodebesluit juist een rem gezet op een markt die zich zelf net aan het ontwikkelen is. Ook merkt APX op dat het ontwerp-methodebesluit in strijd is met artikel 66b van de Gaswet. Naar het oordeel van APX zal zij als gevolg van het ontwerp-methodebesluit ernstig worden belemmerd in de uitvoering van haar bij de aanwijzing opgedragen taak, aangezien het ontwerp-methodebesluit de ontwikkeling van de gasmarkt en het handelsverkeer zal belemmeren.

Essent heeft aangegeven van mening te zijn dat als Gasunie Transportservices flexibiliteitsdiensten aanbiedt, dit aanbod beperkt moet blijven tot flexibiliteitsdiensten die zijn gerelateerd aan het vigerende balanceringsregime. Gasunie Transportservices voldoet in dat geval al aan haar openbare dienstverplichting (artikel 10a lid 1 sub b Gaswet) om het gastransportnet in evenwicht te houden en kan ter vervulling van deze verplichting flexibiliteit in kopen bij marktpartijen waaronder Gasunie Trade & Supply. Maatregelen die verder gaan zijn volgens Essent niet noodzakelijk ofwel in strijd met artikel 10a lid 1 sub b Gaswet).

VEMW heeft nog aangevoerd dat de ontheffingsregeling als opgenomen in de methode van regulering van de flexibiliteitsdiensten van Gasunie Transportservices in strijd is met artikel 10a lid 3 van de Gaswet. Volgens VEMW voorziet de tekst van dit artikel niet in de mogelijkheid van een ontheffing, zodat Gasunie Trade & Supply alle door Gasunie Transportservices ter uitvoering van zijn wettelijke taak en gevraagde flexibiliteitsdiensten moet aanbieden.

Gasunie Trade & Supply, NAM en Shell hebben opgemerkt dat de Raad van Bestuur van de NMa niet bevoegd is tot het verplichten van het aanbieden van seizoensflexibiliteit, en omgekeerd hebben organisaties als VEMW en Productschap Tuinbouw bepleit dat seizoensflexibiliteitsdiensten juist wel zouden (moeten) behoren tot de door DTe te reguleren dienstverlening.

5.7.3 Beschouwing

Bij de totstandkoming van de hiervoor aangehaalde beleidsregel zijn (eveneens) bedenkingen geuit tegen de verplichting van Gasunie Transportservices inzake de levering van flexibiliteitsdiensten, omdat deze belemmerend zouden zijn voor de ontwikkeling van concurrentieel aanbod en voor het doen van investeringen die aan dat aanbod vooraf moeten gaan. Deze bedenkingen zijn van beleidsmatige aard en gaan in dat opzicht dus dit onderzoek te buiten.

Rapporteurs wijzen erop, dat de beleidsregels nu juist uitdrukkelijk aandacht schenken aan dergelijke concurrentie en (mede) om die reden ook geen regulering tegen kostprijs plaatsvindt, en rapporteurs wijzen erop dat de regelgeving aan DTe ook ruimte biedt om aldus beleid te ontwikkelen. Rapporteurs zien dan ook geen reden aanpassing van regelgeving in overweging te geven. Mocht de beleidsregel prohibitief blijken te werken voor concurrerende infrastructuur, dan kan aan DTe aanpassing van de beleidsregel worden voorgesteld. De regelgeving biedt daarvoor aan DTe voldoende ruimte.

Rapporteurs zien geen reden om aan te nemen dat enigerlei ontheffingsregeling zoals door DTe beleidsmatig voorzien in strijd zou zijn met artikel 10a lid 3 Elektriciteitswet 1998. De wet eist redelijke voorwaarden, en dat is niet hetzelfde als onvoorwaardelijke levering onder alle omstandigheden. Rapporteurs zien hierin ook geen reden wijziging van artikel 10a lid 3 Electriciteitswet 1998 in overweging te geven.

Rapporteurs kunnen uiteraard niet beoordelen of uitbreiding van verplicht te leveren flexibiliteitsdiensten tot seizoensflexibiliteitsdiensten beleidsmatig wenselijk is. Gelet op de wetsgeschiedenis van artikel 10a Elektriciteitswet 1998 delen rapporteurs de opvatting van DTe dat, zo deze uitbreiding wenselijk wordt bevonden, zulks wijziging van de regelgeving zal vergen, aangezien deze diensten onder de huidige regelgeving niet behoren tot de verplicht te leveren diensten. Rapporteurs voegen daaraan toe dat de Nederlandse wetgever de beleidsmatige vragen aangaande seizoensflexibiliteit ook in vrijheid kan beantwoorden, aangezien de Europese regelgeving dienaangaande geen eisen stelt.

6 Juridisch instrumentarium

6.1 Toedeling van bevoegdheden

6.1.1 Inleiding

De energiewetten wijzen de NMa en de minister van Economische Zaken aan als de bestuursautoriteiten belast met de toepassing van de energiewetten. De bevoegdheidsverdeling is grosso modo aldus, dat de toezichtstaken in handen van de NMa zijn gelegd en een aantal specifieke taken – aanwijzingen netbeheer, leveringsvergunningen beschermde leveranciers - in handen van de minister van Economische Zaken. De minister van Economische Zaken en de NMa hebben veel van de aan hen geattribueerde taken vervolgens gemandateerd aan respectievelijk de NMa en de DTe, al dan niet met de bevoegdheid van ondermandaat.

Aan deze rapportage is een bijlage gehecht waarin de geattribueerde en gemandateerde bevoegdheden inzake de uitvoering van en het toezicht op de energiewetten in kaart zijn gebracht (**bijlage 3**).

6.1.2 Bevindingen marktpartijen

Sommige marktpartijen vragen aandacht voor de ondoorzichtigheid van de verdeling van bevoegdheden in het kader van de Energiewetten. Daarbij hebben zij overigens niet zozeer het oog op de technische regeling van geattribueerde en gemandateerde bevoegdheden, maar doelen zij eerst en vooral op de vraag, of DTe wel voldoende onafhankelijk is en of de ministeries van Economische Zaken en/of Financiën – mede vanuit de betrokkenheid van de Staat bij zowel Gasunie Transportservices als Gasunie Trade & Supply – wel voldoende afstand hebben tot de regulering.

6.1.3 Beschouwing

Wettelijke regeling van bevoegdheden

In juridisch-technische zin kan worden opgemerkt, dat de toedeling van bevoegdheden niet zeer doorzichtig is, en dat de verzuchting van enkele marktpartijen, dat niet valt vast te stellen welk (bestuurs)orgaan nu eigenlijk aan de touwtjes trekt niet geheel onbegrijpelijk is. Nu vastgesteld kan worden, dat veel van de bevoegdheden van de minister van Economische Zaken aan de NMa zijn gemandateerd is niet zonder meer duidelijk waarom deze bevoegdheden niet ook aan de NMa geattribueerd zouden kunnen worden. Weliswaar is de minister van Economische Zaken uit hoofde van artikel 4:81 Awb bevoegd om gemandateerde bevoegdheden vergezeld te laten gaan van door de NMa in acht te nemen beleidsregels, maar die bevoegdheid is voor alle aan de NMa geattribueerde bevoegdheden ook reeds neergelegd in artikel 5b

Mededingingswet, zodat er op dat punt geen wezenlijke verschillen zijn als het bijvoorbeeld gaat om het gestalte kunnen geven aan politieke verantwoordelijkheid voor de aansturing van een toezichthouder als de NMa.

Wat hier ook van zij, in juridisch-technische zin worden geen betekenisvolle problemen gerapporteerd als het gaat om de bevoegdheidstoedeling in de huidige wetgeving, zodat er geen dwingende aanleiding is om de aanbeveling te doen daarin veranderingen aan te brengen.

Onafhankelijkheid DTe

Belangrijker en mogelijk problematischer is, dat deze partijen niet slechts doelen op de technische inrichting van de bevoegdheden inzake energie, maar bedenkingen uiten betreffende de onafhankelijkheid van DTe als toezichthouder, zulks mede in verband met het aandeelhouderschap van de Staat in Gasunie Transportservices. Pleidooien om het ministerie van Justitie tot moederdepartement van de DTe te bestempelen wijzen in die richting, en ook de verwijzing naar het Jepma-rapport⁸³ is een illustratie van de perceptie van partijen, dat het ministerie van Economische Zaken te veel beleidsinvloed op DTe zou uitoefenen. Deze bedenkingen worden alleen geuit op de gasmarkt⁸⁴, reden voor rapporteurs om zich in dit verband daartoe te beperken.

Rapporteurs roepen in herinnering, dat op grond van artikel 25, eerste lid, van richtlijn 2003/55/EG de lidstaten een nationale regelgevende instantie moeten hebben. De bepaling brengt mee, dat deze instantie geheel onafhankelijk moet zijn van de belangen van de gasector moet zijn.^{85 86} Uit hoofde van het tweede lid van artikel 25 van de richtlijn dient deze instantie onder meer verantwoordelijk te zijn voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de tarieven inzake transmissie en distributie en inzake de verstrekking van balanceringsdiensten.

⁸³ Dit rapport speelde een belangrijke rol in de zaak die is beoordeeld door het CBB in zijn uitspraak d.d. 10 september 2004, AWB 02/1712, LJN AR 2366, waarop hierna nog wordt teruggekomen.

⁸⁴ Zoals hierboven is aangegeven, wordt de omstandigheid dat de Staat enig aandeelhouder van TenneT is door (de raadsman van) VEMW juist toegejuicht.

⁸⁵ Het eerste lid van artikel 25 van de richtlijn luidt voorzover hier van belang als volgt: "De lidstaten wijzen een of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie aan. Deze instanties zijn geheel onafhankelijk van de belangen van de gasector."

⁸⁶ Vgl. ook HvJ EG 19 maart 1991 (Frankrijk t. Commissie), C-202/88, Jur. p. I-1259.

In Nederland is, zoals hiervoor belicht, de NMa als regelgevende instantie aangewezen. Op grond van artikel 12f Gaswet stelt de NMa de tariefstructuren en de voorwaarden voor transport van gas vast. Bij deze vaststelling dient de NMa volgens artikel 12f, sub g, van de Gaswet rekening te houden met de door de minister van Economische Zaken opgestelde ministeriële regels. Daarnaast is de minister van Economische Zaken bevoegd beleidsregels voor de NMa vast te stellen.

De vraag dringt zich dus op of diegenen die bedenkingen hebben tegen de betrokkenheid van het ministerie van Economische Zaken als orgaan van de Staat bij regulatorisch toezicht, terwijl diezelfde Staat aandeelhouder is, geen juridisch punt hebben. Opmerking verdient in dit verband, dat het CBB in de zaak waarin het "Jepma-effect" werd bediscussieerd tot het oordeel kwam, dat het beroep tegen het aangevochten DTe-besluit moest worden verworpen. Rapporteurs menen desniettemin, dat overweging verdient na te gaan of de bestaande scheiding van verantwoordelijkheden in het licht van de Europese regelgeving en jurisprudentie toereikend is.

Voor wat betreft de betrokkenheid van de Staat bij Gasunie Trade & Supply speelt dit punt hoe dan ook niet. De Europese regelgeving verlangt niet dat partijen als Gasunie Trade & Supply in de regulering worden betrokken en aldus valt ook niet in te zien waarom de rol van de Staat in het Gasgebouw problematisch zou moeten zijn.

6.2 *Geschilbeslechting*

6.2.1 Beschrijving

Bij de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet heeft de wetgever de directeur-generaal van de NMa een beperkte bevoegdheid toegekend om geschillen te beslechten. Beperkt in de zin dat de geschillen slechts op een aantal onderwerpen betrekking konden hebben. Sinds 14 juli 2004 zijn de regels voor geschilbeslechting, zoals bedoeld in de artikelen 51 Elektriciteitswet 1998 en 19 Gaswet, gewijzigd. Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de wijze waarop deze zijn taken en bevoegdheden op grond van de wet uitoefent, kan een klacht bij DTe indienen. Het betreft hier bijvoorbeeld klachten over het niet tijdig of onvolledig verstrekken van informatie, klachten over tarieven of aansluitingen op het net. De beslistermijn bedraagt in beginsel twee maanden en de beslissing van DTe is bindend. Hierdoor heeft DTe de mogelijkheid gekregen om snel en doeltreffend klachten van partijen,

bijvoorbeeld burgers of ondernemingen te behandelen. De wijze van behandeling van geschillen staat in de 'Beleidsregels procedure geschillen Energie'.⁸⁷

Van 1 juli 2004 tot en met december 2005 zijn bij de NMa/DTe 40 geschillen aanhangig gemaakt. In 10 zaken is een inhoudelijke beslissing genomen, 8 zaken zijn ingetrokken en in de overige 19 zaken was sprake van een geschil, waarover DTe niet bevoegd was te oordelen, meestal omdat sprake was van een geschil met een leverancier.

6.2.2 Bevindingen marktpartijen

Gemiddeld 69% van de respondenten is bekend met de bevoegdheid van DTe om bindend te beslissen bij geschillen tussen een partij en een netbeheerder/LNG-bedrijf. Een aantal van deze groep respondenten is ook daadwerkelijk betrokken geweest bij een geschil. Respondenten gaan er ook van uit dat de beslissingen van DTe worden opgevolgd.

Ruim de helft van de respondenten (gemiddeld 55%) vindt verder dat een DTe-beslissing een sterk of zeer sterk signaal geeft aan andere beheerders/LNG-bedrijven. Iets minder dan de helft van de respondenten (gemiddeld 45%) vindt geschilbeslechting een geschikt handhavingsinstrument.

Als sterke punten van het instrument geschilbeslechting worden genoemd:

- de deskundigheid van de geschillenbeslechter;
- goed controle-instrument;
- het instrument kan een dure en lange rechtsgang voorkomen;
- laagdrempelig.

Als zwakke punten van het instrument geschilbeslechting worden genoemd:

- alleen afnemers kunnen een klacht indienen over netbeheerders en niet andersom;
- geschilbeslechting betreft alleen zaken tussen afnemer en netbeheerder in relatie tot de Elektriciteitswet en de Gaswet. Er wordt, aldus de respondent., niets geregeld met betrekking tot de programmaverantwoordelijke en de netbeheerder (bijvoorbeeld in verband met allocatiegeschillen);
- het geschilbeslechtingsinstrument is in strijd met de trias politica;
- juridisch is bewijslast lastig te realiseren;

⁸⁷ Zie www.nmanet.nl.

- de Raad van Bestuur van de NMa kan eigen doelstellingen en agenda in beslissingen laten meewegen. Dit maakt het instrument onvoldoende onafhankelijk;
- de neiging van de Raad van Bestuur om niet procedureel te toetsen maar op alle details van inhoud.

6.2.3 Beschouwing

Geschilbeslechting kan niet alleen meer door afnemers worden ingeleid, maar door alle partijen waarmee de netbeheerder zaken doet. Wel is geschilbeslechting beperkt tot relaties met netbeheerders, wat kan worden verklaard vanuit de omstandigheid dat zij over een natuurlijk monopolie beschikken.

De voordelen van geschilbeslechting door de regulator lijken in de respons van de markt te overheersen boven de nadelen. Voordelen van een deskundige geschilbeslechter zijn ook in andere settings, zoals bouw Arbitrage, erkend. In zoverre zou kunnen worden overwogen – een noodzaak daartoe bestaat zeker niet – om na te gaan of de geschilbeslechtsbevoegdheden van DTe als bij uitstek deskundige niet ook naar andere onderwerpen en andere rechtsrelaties op energiemarkten verbreed zou kunnen worden, dit mede vanwege de omstandigheid dat geschilbeslechting langs de privaatrechtelijke weg van geschillencommissies tot mogelijk tot beperking van productdifferentiatie leidt.

6.3 *Rechtstreeks beroep*

6.3.1 Beschrijving

Op 1 september 2004 is de Wet rechtstreeks beroep in werking getreden.⁸⁸ De wet introduceert in artikel 7:1a Awb de mogelijkheid voor belanghebbenden om het bestuursorgaan te verzoeken de bezwaarschriftprocedure over te slaan en het geschil over een besluit rechtstreeks voor te leggen aan de bestuursrechter. Het bestuursorgaan kan, indien de zaak daarvoor geschikt is, instemmen met een dergelijk verzoek. Rechtstreeks beroep is alleen mogelijk, indien alle betrokkenen daarmee instemmen, dus ook eventuele derde belanghebbenden. Artikel 8:54a Awb geeft de rechter nog wel de mogelijkheid om, indien een zaak naar zijn oordeel niet geschikt is voor rechtstreeks beroep, deze terug te sturen naar het bestuursorgaan.

⁸⁸ Stb. 2004, 220.

Anders dan bij een verzoek om rechtstreeks beroep in bezwaarschriften gericht tegen sanctiebesluiten in Mededingingszaken, waarmee in principe wordt ingestemd ('ja, tenzij'-principe), heeft DTe ervoor gekozen om van geval tot geval, te beoordelen of een zaak geschikt is voor rechtstreeks beroep. Tot eind 2005 is zeven keer een verzoek om rechtstreeks beroep gedaan. In vijf gevallen is het verzoek ingewilligd en in twee gevallen is het afgewezen. De reden voor de afwijzing was dat niet alle belanghebbenden met rechtstreeks beroep konden instemmen en dat DTe van opvatting was dat op sommige punten nader onderzoek nodig was.

In 2005 hebben onderzoekers van de Universiteit Utrecht de invoering van de Wet rechtstreeks beroep geëvalueerd. In de evaluatie wordt met betrekking tot energiezaken het volgende opgemerkt:

“Een procesgemachtigde die optreedt in energiezaken wees erop dat rechtstreeks beroep nuttig kan zijn bij op elkaar voortbouwende besluiten. In de tariefregulering door NMa/DTe in de energiesector worden besluiten genomen met betrekking tot factoren die bij de tariefstelling in acht moeten worden genomen en vervolgens besluiten ten aanzien van de tarieven die door individuele aanbieders zijn vastgesteld. Als tegen de onderliggende besluiten beroep aanhangig is bij het CBb, lijkt volgens deze respondent de kans klein dat NMa/DTe veel zal willen doen in bezwaarzaken tegen de implementatiebesluiten. Dit zou namelijk impliceren dat wordt teruggekomen op de besluiten die onder de rechter zijn. Het lijkt daarom de voorkeur te verdienen ernaar te streven deze besluiten gevoegd behandeld te krijgen bij het CBb.”

DTe heeft laten weten het bovenstaande te betrekken bij toekomstige besluiten naar aanleiding van verzoeken om de bezwaarschriftenfase over te slaan.

6.3.2 Bevindingen marktpartijen

Een meerderheid van de respondenten is bekend met het feit dat tegen besluiten die de Raad van Bestuur van de NMa op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet neemt, rechtstreeks beroep mogelijk is. Ruim de helft van deze respondenten (gemiddeld 57%) vindt rechtstreeks beroep een geschikt instrument. Volgens de respondenten is het feit dat in bezwaar herhaling wordt voorkomen en dat er dus ook snel geprocedeerd wordt een sterk punt.

Als zwakke punten van het instrument worden genoemd:

- de rechtsgang wordt beperkt tot één enkele instantie;
- het leidt tot een erg procedurele toetsing zonder dat het inhoudelijke meningsverschil hiermee wordt opgelost;
- meestal is de route van eerst bezwaar maken te prefereren, omdat daar immers uiteindelijk meer kans bestaat op succes;

- directe gang naar de rechter en dat is soms te ver gaand;
- het tijdsbeslag.

6.3.3 Beschouwing

Rapporteurs menen dat er geen aanleiding is voor aanpassing van de regelgeving.

6.4 *Belanghebbenden en representatieve organisaties*

6.4.1 Belanghebbenden

DTe sluit bij de beantwoording van de vraag of iemand als belanghebbende bij een door haar genomen besluit kan worden aangemerkt aan bij de jurisprudentie inzake artikel 1:2 lid 1 Awb. Vanzelfsprekend neemt DTe ook de uitspraken van het CBb hieromtrent in acht.

In een uitspraak van 2 augustus 2002 oordeelde het CBb dat de rechtsopvolgster van SEP, het Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (hierna: NEA), bij gebrek een rechtstreeks belang niet kon worden aangemerkt bij het besluit van DTe om een landelijk uniform producententarief in te voeren. NEA had tegen dit besluit beroep ingesteld, omdat zij vreesde dat grootverbruikers de uit het besluit van DTe voortvloeiende tariefsverhoging op haar zullen afwentelen. NEA was daarom van opvatting dat in het bestreden besluit ten onrechte geen bijzondere regeling voor grootverbruikers was opgenomen. Volgens het CBb werd NEA niet rechtstreeks getroffen door het ontbreken van bijzondere regeling. Zodat zij slechts een afgeleid belang had bij het bestreden besluit.⁸⁹

Het CBb oordeelde in de uitspraak van 25 oktober 2002 dat EnergieNed als belanghebbende moest worden aangemerkt bij een tariefbesluit, omdat haar leden bij degene die van hen elektriciteit afnemen een bedrag in rekening moeten brengen waarvan de hoogte door het in dat beroep bestreden besluit werd bepaald.⁹⁰

In de uitspraken van 28 mei en 10 september 2004 diende het CBb zich te buigen over de vraag of het Productschap Tuinbouw moest worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit van DTe tot afwijzing van haar verzoek aan Gasunie een bindende aanwijzing op te leggen. Het CBb beantwoordde die vraag bevestigend

⁸⁹ CBb 2 augustus 2002, AWB 00/642, LJN: AE7246

⁹⁰ CBb 25 oktober 2002, AWB 00/724 en 00/725, LJN: AF0467.

en nam daarbij de in artikel 71 Wet op de bedrijfsorganisatie genoemde doelstelling van het productschap en haar feitelijke werkzaamheden in aanmerking. Opvallend is dat het CBb ook van belang achtte dat het Productschap *door Gasunie* is beschouwd als representatieve organisatie als bedoeld in de Gaswet,⁹¹ een overweging die het CBb ook bij zijn uitspraken van 11 maart en 23 april 2004 inzake VNCI deed.⁹²

Op 9 maart 2005 volgde het CBb DTe in haar standpunt dat Westland Energie Services niet als belanghebbende kon worden aangemerkt bij het tot Transportnet Zuid-Holland gerichte tariefbesluit, omdat Westland op dat moment niet was aangesloten op het netwerk van TZh en zij evenmin overigens als belanghebbende kon worden aangemerkt.⁹³

In zijn uitspraak van 24 juni 2005 oordeelde het CBb dat GEM Westeraam (ontwikkelaar van Vinexlocaties), AKZO en HTM niet konden worden aangemerkt bij door DTe genomen tariefbesluiten, omdat zij zich in onvoldoende mate onderscheiden van andere bedrijven in het verzorgingsgebied van ENECO Netbeheer BV voor wie de tariefbesluiten golden. Ook VNG werd niet als belanghebbende aangemerkt, omdat haar statutaire doelstelling niet in een dergelijke vorm van belangenbehartiging voorziet.⁹⁴

Kort daarna moest het CBb zich buigen over de vraag of GEM Westeraam, SHELL en VNG als belanghebbenden konden worden aangemerkt tegen besluiten van DTe tot wijziging van de Tarieencode. Het CBb vond, anders dan DTe, van niet, om dezelfde redenen als in de hiervoor genoemde uitspraak van 24 juni 2005.⁹⁵

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het CBb bij de beantwoording van de vraag of een rechtspersoon als belanghebbende kan worden aangemerkt de reguliere criteria van artikel 1:2 lid 1 Awb hanteert. Er is blijkens deze jurisprudentie geen reden om in het kader van de energiewetgeving een andere of ruimer belanghebbendenbegrip te hanteren. Van belang is nog wel om vast te stellen dat (grote) afnemers van elektriciteit in de regel bij gebrek aan voldoende onderscheidend belang niet als belanghebbenden bij tariefbesluiten en wijzigingen van de codes zullen worden aangemerkt. Deze lijn van het CBb is in overeenstemming met de vaste jurisprudentie van het CBb in bijvoorbeeld mededingingszaken op grond waarvan een

⁹¹ CBb 28 mei 2004, AWB 02/672, LJN: AP1556 en CBb 10 september 2004, AWB 02/1712, LJN: AR2366.

⁹² CBb 11 maart 2004, AWB 02/671, LJN: AO5426 en CBb 23 april 2004, AWB 02/1746, LJN: AO9530.

⁹³ CBb 9 maart 2005, AWB 01/25, LJN: AT2603.

⁹⁴ CBb 24 juni 2005, AWB 04/47 e.v., LJN: AT8927.

⁹⁵ CBb 6 juli 2005, AWB 04/219 e.v., LJN: AT9206.

individuele consument niet als belanghebbende bij besluiten van de NMa wordt aangemerkt.⁹⁶

6.4.2 Representatieve organisaties

In de artikelen 32 lid 2, 33 lid 1, 34 lid 3, 41 lid 2 Elektriciteitswet en 12c lid 2, 12d lid 1, 12^e lid 3, 51 lid 1, 81 lid 1, 81e lid 2 en 82 lid 4 Gaswet is geregeld dat representatieve organisaties een rol spelen bij de totstandkoming van codes. Het begrip 'representatieve organisatie' is niet gedefinieerd in de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet. Voorts wordt in het vierde lid van de artikelen 82 Elektriciteitswet 1998 en 61 Gaswet bepaald dat "een representatieve organisatie geacht wordt belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van deze wet." Bij deze bepalingen, die bij amendement bij de I&I-wet zijn ingevoerd, is geen toelichting gegeven. In een nog lopende procedure bij het CBb heeft DTe zich op het standpunt gesteld dat de bepalingen slechts een nadere invulling beogen te geven aan de eisen die op grond van de Awb gelden, in die zin dat als een representatieve organisatie in haar hoedanigheid van 'representatieve organisatie' door een besluit wordt getroffen (bijvoorbeeld doordat een onderdeel van de code die eerder op verzoek van deze organisatie was opgenomen wordt gewijzigd) zij ten aanzien van dit onderdeel van het besluit een eigen belang heeft dat zich voldoende onderscheidt van dat van anderen. VEMW stelt zich in dezelfde procedure op het standpunt dat op grond van artikel 82 lid 4 Elektriciteitswet 1998 elke representatieve organisatie moet worden geacht belanghebbende te zijn bij alle besluiten op grond van deze wet, zonder enige nadere toetsing aan de belanghebbenden-jurisprudentie van de Awb.

In wetsvoorstel 30 027 (Veegwet EZ 2005) wordt voorgesteld 'representatieve organisatie' te wijzigen in 'representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt', maar in het initiatief wetsvoorstel voor de Warmtewet (Tweede nota van wijziging, TK 2004-2005, 29 048, nr. 10) wordt voorgesteld deze toevoeging weer ongedaan te maken. Daarnaast wordt in dit laatstgenoemde wetsvoorstel voorzien in de volgende definitie:

"representatieve organisatie: een bij ministeriele regeling aangewezen rechtspersoon die de belangen vertegenwoordigt van producenten, handelaren, leveranciers of verbruikers".

⁹⁶ Zie hierover: A. Gerbrandy en E.C. Pietermaat, De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse bestuursrechter 2000-2004, Deventer 2004.

Ook wordt in het huidige voorstel voor de Warmtewet voorzien in extra rechten voor representatieve organisaties. Zo zullen deze organisaties (bij ongewijzigde inwerkingtreding) recht krijgen op inzage in vertrouwelijke DTe-stukken en een tegemoetkoming in hun kosten ontvangen van tussen de € 250.000,- en € 750.000,- per jaar per organisatie. Deze vergoeding, die betaald moet gaan worden uit een extra heffing, dient volgens de Nota naar aanleiding van het verslag (TK 2004-2005, 29 048, nr. 9, p. 35) onder meer ter compensatie van de kosten voor opbouw van expertise en het voeren van juridische procedures.

Gelet op het vorengaande is het niet ondenkbeeldig dat er een bij de uitvoering van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een discrepantie zal ontstaan tussen de mogelijkheden van representatieve organisaties om de belangen van hun leden te behartigen, en de mogelijkheden voor andere categorieën van betrokkenen die niet of in mindere mate zijn verenigd in een representatieve organisatie. Rapporteurs kunnen slechts de aanbeveling van eenduidigheid doen. In verband met de verstrekking van vertrouwelijke gegevens aan belangenorganisaties menen rapporteurs dat beter aangesloten zou kunnen worden bij Wob of Awb: representatieve organisaties dienen belangen, en dat zij – naast de toch al toezichhoudende en aan strenge regels gebonden overheid – de beschikking zouden moeten krijgen over vertrouwelijke gegevens belangenorganisaties ligt volgens rapporteurs niet in de rede.

6.5 *Handhaving*

De werkzaamheden van DTe op het stuk van handhaving worden uiteraard in de eerste plaats door de doelen van de energiewetgeving, waarbij hierboven in hoofdstuk 2 is stilgestaan en waarnaar hier wordt verwezen, bepaald.

Het handhavingsinstrumentarium van DTe bestaat met name uit de bindende aanwijzing, de last onder dwangsom en de boete. Terzake van het gebruik van deze bevoegdheden heeft DTe in april 2003 op vrijwillige basis een handhavingsplan gepubliceerd. Inmiddels vereist de wet dat er een handhavingsplan is (artikelen 5b Elektriciteitswet 1998 en 60ab Gaswet). In juli 2004 heeft DTe het handhavingsplan voor 2004 en 2005 gepubliceerd.⁹⁷

In dit handhavingsplan heeft DTe aangegeven op welke wijze invulling hij invulling geeft aan zijn toezichhoudende taken, welke wettelijke handhavingsinstrumenten hem ter beschikking staan en welke stappen DTe neemt om deze instrumenten in te zetten.

⁹⁷ Het handhavingsplan is te vinden op de website van DTe

Ten aanzien van de vraag op welke wijze DTe als toezichthouder invulling geeft aan haar diverse toezichthoudende taken, heeft DTe enkele uitgangspunten geformuleerd die de basis vormen van het gehanteerde toezichtbeleid te weten:

- eigen verantwoordelijkheid van de sector;
- beïnvloeding van normgedrag;
- effectief en efficiënt toezicht;
- streven naar niet-gedogen, hetzij door handhaving op korte termijn, hetzij door handhaving op langere termijn;
- gestructureerd toezicht.

Momenteel (juni 2006) wordt gewerkt aan een nieuw handhavingsplan.

In interne verhoudingen (mission statement, opleidingen) hanteert DTe het motto "Dialogogericht waar mogelijk, sanctiegericht waar nodig", een motto dat ook in de handhavingspraktijk wil doorklinken en dat tot uitdrukking wil brengen dat handhavend optreden ultimum remedium is en moet worden voorafgegaan door pogingen de betrokkene zonder sancties tot naleving van de regels te brengen.

6.5.1 Bevindingen marktpartijen

Een aantal respondenten geeft aan dat de wettelijke instrumenten voldoende en adequaat zijn, maar dat in de praktijk blijkt dat de toezichthouders zeer terughoudend zijn deze instrumenten in te zetten. Als voorbeelden worden genoemd:

- DTe treedt niet handhavend op tegen misbruik van dominante posities. Als voorbeeld wordt artikel 31a Elektriciteitswet 1998 genoemd. Dit zou regelmatig worden overtreden door grotere spelers, maar de DTe heeft nog nooit handhavend opgetreden;
- DTe treedt niet op tegen het niet ter beschikking stellen van flexibilitiediensten aan "een uur";
- DTe treedt voorts niet op tegen het door netbeheerders in strijd met hun capaciteitsplannen onvoldoende capaciteit ter beschikking hebben.

Van de kant van de leveranciers wordt aangegeven dat de toezichthouder vooral te weinig handhavend optreedt tegen de netbeheerders.

Van de kant van nieuwe toetreders wordt opgemerkt dat de DTe strenger lijkt op te treden tegen nieuwkomers dan tegen incumbents. Als voorbeeld wordt genoemd een last onder dwangsom die aan Oxxio is opgelegd inzake werving, terwijl niet wordt opgetreden tegen NUON dat reclame maakt op masten van Continuon.

Voorts is door één van de respondenten aangegeven dat de handhavingsplannen te procedureel van aard zijn en te weinig inhoudelijk houvast bieden.

6.5.2 Literatuur en jurisprudentie

Door De Rijke en Tillij⁹⁸ is uitgebreid stilgestaan bij het handhavingsplan van DTe. Hun belangrijkste kritiek is dat dit plan, zeker als het in samenhang wordt gelezen met meer algemene plannen van de NMa, slechts een opsomming van aandachtspunten, prioriteiten en doelen is, en geen rechtszekerheid biedt.

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABR) gaat in haar jurisprudentie sedert 1998 uit van het beginsel, dat er een handhavingsplicht voor het bestuur geldt, die met name zwaar weegt als er belangen van derden in het geding zijn. Of deze beginselplicht tot handhaving zonder meer naar economische wetgeving geëxtrapoleerd kan worden, is niet zeker. De economische belangen van derden zullen minder zwaar wegen dan de gezondheidsbelangen die bijvoorbeeld met een milieuvergunning gemoeid kunnen zijn. Feit is ook, dat het CBB, als (hoogste) rechter belast met beslechting van geschillen inzake economische wetgeving, het uitblijven van handhavend optreden weliswaar kritisch toetst,⁹⁹ maar in zijn jurisprudentie tot op heden niet sprak over een beginselplicht tot handhaving.

Bij het door DTe te voeren handhavingsbeleid lijkt de jurisprudentie ruimte te bieden voor het belang een goede verstandhouding met de markt te onderhouden en voor de wens handhaving mede door andere dan punitieve of corrigerende bestuursrechtelijke maatregelen ter hand te nemen. In een uitspraak betreffende de regulering van de tarieven van Gasunie Transportservices oordeelde het CBB althans dat de DTe bij de vraag of een bindende aanwijzing moest worden opgelegd mede belang kon hechten aan de relatie met Gasunie Transportservices als belangrijke factor in het liberaliseringsproces en tevens gewicht kon toekennen aan een met Gasunie Transportservices dienaangaande bereikt akkoord.¹⁰⁰

⁹⁸ M. de Rijke en M.E.H.G. Tillij, Enkele kantekeningen bij het Handhavingsplan van de DTe, NTEWR 2003, 5, blz. 189 e.v.

⁹⁹ Vgl. bijvoorbeeld:

- Vzr. CBB 7 november 2003, LJN AO1031;

- Vzr. CBB 17 maart 2006, LJN AV 6547;

- Vzr. CBB 7 november 2003 LJN AO1031.

¹⁰⁰ CBB 10 maart 2004, AWB 02/671, LJN: AO5426:

"Verweerder heeft ter motivering van zijn weigering van het opleggen van een bindende aanwijzing in het onderhavige geval naar het oordeel van het College in redelijkheid doorslaggevende betekenis mogen hechten aan de omstandigheid dat het jaar 2001 voor Gasunie een overgangsfase naar een geliberaliseerde markt betekende en dat Gasunie zich binnen een relatief kort tijdbestek diende aan te passen aan het liberaliseringsproces. Voorts heeft verweerder bij die afweging evenzeer in redelijkheid kunnen betrekken het belang van het behoud van een goede verstandhouding met Gasunie, gelet op haar bijzondere positie binnen het liberaliseringsproces en het belang van haar volledige medewerking ten behoeve van een voorspoedige voortgang van dit liberaliseringsproces. Ook heeft verweerder bij deze afweging de resultaten kunnen betrekken, die voortvloeien uit het hierboven onder paragraaf 2.2 omschreven met Gasunie gesloten akkoord.

De handhavingsspeelruimte die deze uitspraak biedt, moet echter niet worden overschat. In de uitspraak speelde een rol, dat Gasunie een cruciale plaats heeft in het liberalisatieproces en DTe dientengevolge gewicht kon toekennen aan het grote belang van medewerking van Gasunie Transportservices. Verder speelde een rol dat het om het eerste (overgangs)jaar van de liberalisatie ging. Hoewel dus ten principale gezegd kan worden, dat DTe ruimte heeft voor alternatieve handhavingvormen laat de door het CBb uitgevoerde toetsing tegelijkertijd zien dat het gebruik van die speelruimte geen vanzelfsprekendheid is en een deugdelijke motivering zal behoeven.

6.5.3 Beschouwing

Bestuurscultuur

DTe heeft in de aanloop naar deze rapportage de aandacht van rapporteurs gevestigd op de door DTe voorgestane terughoudende aanpak na het constateren van overtredingen, een aanpak die primair gericht wil zijn op herstel van naleving zonder sanctieoplegging en dus bepaald wordt door het hiervoor aangehaalde motto "Dialogogericht waar mogelijk, sanctiegericht waar nodig". De vraag rijst, welke betekenis hieraan rechtens toegekend moet worden.

Rapporteurs menen dat het hier niet zozeer om handhavingbeleid gaat als wel om verwoording van de door DTe beoogde bestuurscultuur. Zou het om beleid gaan, dan zou immers artikel 3:40 Awb ook meebrengen dat e.e.a. zonder de bekendmaking daarvan geen effect zou hebben en bijvoorbeeld niet de (motiverings)rol zou kunnen spelen die artikel 4:82 Awb aan beleidsregels toekent. Ook zou, als hier van beleids- in plaats van bestuurscultuur sprake zou zijn, niet eenvoudig zijn vast te stellen hoe deze gedragslijn zich verhoudt tot het in het handavingsplan genoemde streven in beginsel geen gedogen toe te staan.

Rapporteurs menen dat een bestuurscultuur als deze kan bijdragen aan de door de beginselen van behoorlijk bestuur gevorderde zorgvuldigheid, en dat er in de regel rechtens dus geen enkel bezwaar kan bestaan tegen pogingen naleving zonder sanctieoplegging te bewerkstelligen. Reden om te bepleiten dat met het oog op de gewenste bestuurscultuur wetswijziging te bepleiten is er dus niet.

Weliswaar betreft dit akkoord mede onderwerpen die niet geregeld zijn in het kader van de Richtlijnen, doch de daaruit voortvloeiende voordelen ten behoeve van het liberaliseringsproces kunnen zoals verweerder terecht heeft overwogen, in redelijkheid niet ontkend worden. Het College is niet tot het oordeel kunnen komen dat verweerder niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten aan de belangen van appellanten en hun leden een minder groot gewicht toe te kennen, mede in aanmerking genomen dat de Richtlijnen een tijdelijk karakter hadden en in 2002 zouden worden opgevolgd door permanente richtlijnen."

Handhavingsplicht

Het is niet zeker of ook voor het economisch bestuursrecht van een beginselplicht tot handhaving moet worden gesproken. Ook als dat niet zo is moet er echter rekening mee worden gehouden dat bestuursorganen hun handhavingsbevoegdheden niet zonder meer terzijde kunnen leggen. De belanghebbende justitiabele kan aandringen op handhaving – ook in rechte – en het bestuur zal dan in beginsel een helder beeld van de door hem gehanteerde prioritering moeten kunnen schetsen.

Duidelijk is, dat er rechtens ruimte is voor een handhavingsbeleid waarin, zoals door DTe wordt nagestreefd, behoud van goede verhoudingen met de markt een rol speelt en waarin in verband daarmee de DTe bij overtredingen als eerste nagaat, of correcties zonder bestuursrechtelijk handhavend optreden kan worden gerealiseerd. Uit de (schaarse) rechtspraak komt het beeld naar voren, dat de DTe dan wel zal moeten kunnen aantonen dat die conflictmijdende aanpak uiteindelijk een even grote of zelfs grotere bijdrage aan de wetgevingsdoelen levert.¹⁰¹

Wat hier ook van zij, een beleid zoals door DTe voorgestaan vraagt naar het oordeel van rapporteurs geen aangepaste regelgeving. Ook anderszins geven de bedenkingen van de zijde van de markt geen aanleiding voor het doen van aanbevelingen gericht op aangepaste regelgeving.

Rechtszekerheid

Beleidsregels op het stuk van (markt)toezicht plegen in betrekkelijk algemene termen geformuleerd te zijn. Een toezichthouder die zijn handhavingsbeleid gedetailleerd uiteenzet loopt het risico, zoals dat door DTe ook wordt onderkend, calculerend gedrag te bevorderen. Beleidsregels die met algemene gezichtspunten volstaan kunnen dus weliswaar onplezierig zijn voor de justitiabele, maar die noodzakelijke vaagheid betekent rechtens niet dat handhavend optreden of de beslissing daarvan juist af te zien om die reden kwetsbaar zou zijn. De eisen die de wet aan het DTe-

¹⁰¹ In verband daarmee rijst de vraag, of een terughoudend handhavingsbeleid zoals DTe dat voorstaat voldoende de belangen van de kwetsbare partijen expliciteert, waaronder in dit verband niet alleen (kleine) afnemers worden begrepen maar ook nieuwe toetreders. Laat men immers marktpartijen een grote rol bij de naleving van wettelijke regels, dan vergroot dat de kans dat zaken als zelfregulering, vrijwillige naleving e.d. uiteindelijk toch gewoon de bestaande machtsverhoudingen op de markt reflecteren. Kiest men met andere woorden voor informele handhaving, dan is belangrijk dat wordt geëxpliciteerd en in rechte kan worden geïllustreerd, dat en hoe de belangen van deze zwakkere partijen ook bij informele handhaving in het oog worden gehouden.

handhavingsbeleid stelt bieden hiervoor voldoende ruimte. Rapporteurs zien geen reden de wettelijke eisen inzake het handhavingsplan van DTe te verscherpen.

Concreet optreden

Voor de gedachte, dat DTe niet zou optreden tegen overtredingen van onder meer artikel 31a Electriciteitswet 1998 hebben rapporteurs geen aanwijzingen. Overigens bevindt kritiek als deze zich buiten de onderzoeksscope.

6.6 *Bindende aanwijzing*

6.6.1 Beschrijving

De bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing is opgenomen in artikelen 5 lid 6 Electriciteitswet 1998 en 60 lid 2 Gaswet. De bindende aanwijzing expliciteert welke bepalingen niet worden nageleefd of concretiseert de wettelijke norm en schrijft aldus voor welke verplichting rust op de betrokken partij en binnen welke door DTe gestelde termijn de norm nageleefd moet worden. De bindende aanwijzing kan een opmaat zijn voor een last onder dwangsom of een boete.

Sinds de inwerkingtreding van de Electriciteitswet 1998 en de Gaswet tot en met 2005 heeft DTe regelmatig een bindende aanwijzing gegeven. Overtredingen hadden betrekking op alle marktgeledingen.

In drie gevallen is beroep bij het CBb ingesteld tegen bindende aanwijzingen. In twee gevallen had DTe een bindende aanwijzing opgelegd wegens het niet verstrekken van inlichtingen als bedoeld in artikel 7 lid 1 Electriciteitswet 1998. De beroepen tegen deze drie besluiten werden verworpen. De eerste twee uitspraken concretiseerden de mate waarin duidelijk moet zijn dat de gevraagde inlichtingen voor de taakvervulling van DTe nodig zijn¹⁰², de derde had betrekking op de onderliggende overtreding, en niet op de bindende aanwijzing zelf.¹⁰³

¹⁰² CBb 28 maart 2003, AWB 03/128, LJN: AF7150 ("Anders dan appellante kennelijk wil is het niet rechtens noodzakelijk dat de directeur DTe reeds bij het vragen van de inlichtingen aanduidt ten behoeve van welke specifieke taak hij deze inlichtingen nodig heeft; de gevraagde inlichtingen dienen wel noodzakelijk te zijn voor de uitvoering van een aan de directeur DTe opgedragen taken.") en CBb 13 juni 2003, AWB 03/257, LJN: AH9217.

¹⁰³ CBb 4 februari 2004, LJN: AO4264.

6.6.2 Bevindingen marktpartijen

De overgrote meerderheid van de respondenten is bekend met de bevoegdheid van de Raad van Bestuur van de NMa om bindende aanwijzingen te geven in verband met naleving van de Elektriciteits- en de Gaswet. Een tiende van de respondenten heeft wel eens verzocht om een bindende aanwijzing. Een kwart van de respondenten heeft wel eens een bindende aanwijzing gekregen. Dit laatste heeft dan in de meeste gevallen (86% van de respondenten) geleid tot aanpassing van gedrag. Verder vindt gemiddeld 57% van de respondenten dat van een bindende aanwijzing aan een partij een sterk of zeer sterk signaal uit gaat naar andere partijen. Tenslotte vindt gemiddeld 50% van de respondenten het instrument van de bindende aanwijzing geschikt om gewenst naleefgedrag door partijen in de sector te waarborgen.

Als sterke punten van de bindende aanwijzing worden genoemd:

- dwingende karakter van de bindende aanwijzing;
- de bindende aanwijzing is een waarschuwing plus;
- werkt direct;
- snel en op maat gesneden.

Als zwakke punten worden aangegeven:

- opschorting van de bindende aanwijzing kan moeilijk verkregen worden;
- de bindende aanwijzing werkt alleen maar wanneer het gedrag van degene die de bindende aanwijzing heeft gekregen serieus wordt gemonitord en er een last onder dwangsom wordt opgelegd wanneer het gedrag niet verbetert of de partij in overtreding blijft;
- eenmaal gegeven bindende aanwijzing heeft ten onrechte een negatief na-ijl effect;
- de bindende aanwijzing lost geen structurele bezwaren en problemen op;
- de bindende aanwijzing werkt niet bij kwade wil.

6.6.3 Beschouwing

Naar het oordeel van rapporteurs is er geen aanleiding voor aanpassing van de regelgeving.

6.7 *Last onder dwangsom*

6.7.1 Beschrijving

Op grond van artikelen 77h lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 60ac lid 1 Gaswet is DTe bevoegd een last onder dwangsom op te leggen in geval van overtreding van het gestelde bij of krachtens de Elektriciteitswet 1998, met uitzondering van artikelen 13, 22, tweede lid, en hoofdstuk 8, paragraaf 1a, dan wel van overtreding van het

bepaalde bij de Verordening, en van overtreding van het bepaalde bij of krachtens de Gaswet, met uitzondering van de artikelen 5, 9 lid 1, 43 tot en met 46, 54 lid 1, 54a lid 1 en artikel 55 lid 2 en 3.

Een last onder dwangsom strekt ertoe door de dreigende verbeurte van een dwangsom de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen (artikel 5:32 lid 2 Awb). Uit artikelen 77h lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 60ac lid 2 Gaswet vloeit voort dat voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom een bindende aanwijzing kán worden opgelegd indien daarvoor naar het oordeel van DTe aanleiding toe bestaat, maar rechtens noodzakelijk is dat niet.

Aan een last kunnen voorschriften worden verbonden inzake het verstrekken van gegevens aan DTe (artikelen 77h lid 3 Elektriciteitswet en 60ac lid 3 Gaswet). De bevoegdheid tot het opleggen van een last vervalt vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden (artikelen 77h lid 5 Elektriciteitswet 1998 en 60ac lid 5 Gaswet). Bij het opleggen van een last onder dwangsom moet voorts rekening worden gehouden met de algemene regels uit de Awb voor het opleggen van een last onder dwangsom.

Sinds de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet tot en met 2005 heeft DTe om uiteenlopende redenen in totaal zes keer een last onder dwangsom opgelegd. Het CBb heeft zich tot op heden nog niet over door DTe opgelegde lasten hoeven uit te laten.

6.7.2 Bevindingen marktpartijen

Bijna alle respondenten zijn bekend met de bevoegdheid van de Raad van Bestuur van de NMa om een last onder dwangsom op te leggen in geval van overtreding van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Slechts één respondent geeft aan wel eens een last onder dwangsom opgelegd te hebben gekregen. Deze heeft geleid tot aanpassing van het bedrag van de betreffende respondent.

Gemiddeld 56% van de respondenten geeft aan dat indien een partij een last onder dwangsom opgelegd krijgt, hier een sterk of zeer sterk signaal vanuit gaat naar andere partijen. Gemiddeld 52% van de respondenten geeft aan dat het instrument van de last onder dwangsom geschikt is om nalevingsgedrag door partijen in de sector te waarborgen. Als sterke punten van dit instrument worden genoemd:

- directe relatie met gedrag en gevolg;
- financiële prikkels zijn de beste methode om bedrijven tot een gedragsverandering te dwingen;
- snel en effectief;
- waarborgen tot nakoming;

- verbetering van gedrag is na oplegging van een last onder dwangsom nog mogelijk, omdat zo de dwangsom vermeden wordt.

Als zwakke punten van het instrument worden genoemd:

- de tijd die het duurt om de juridische positie op te bouwen om de dwangsom op te kunnen leggen;
- reikwijdte van de last onder dwangsom is erg breed;
- willekeur;
- het zwakke punt van het instrument is dat een partij juist twee keer een overtreding mag begaan voordat hij daadwerkelijk wordt bestraft.

6.7.3 Beschouwing

Naar het oordeel van rapporteurs is er geen aanleiding voor aanpassing van de regelgeving.

6.8 Boete

6.8.1 Beschrijving

Sedert 2004 is DTe, in aanvulling op de mogelijkheid om een bindende aanwijzing te geven en een last onder dwangsom op te leggen, bevoegd om bij overtreding van een aantal specifiek aangewezen bepalingen een bestuurlijke boete op te leggen. Deze vorm van bestuurlijke handhaving kwam in de plaats van strafrechtelijke handhaving via de Wet economische delicten (WED). Bij dezelfde wetswijziging zijn de sanctiebepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet geharmoniseerd.

Artikelen 77i lid 1, aanhef en onder a, Elektriciteitswet 1998 en 60ad lid 2, aanhef en onder a, Gaswet stellen de boete voor de in deze bepalingen genoemde overtredingen op ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 1% van de totale jaaromzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking voor de daarbij genoemde overtredingen. Artikelen 77i lid 1, aanhef en onder b, Elektriciteitswet 1998 en 60ad, aanhef en onder b, Gaswet stellen de boete voor de in deze bepalingen genoemde overtredingen op ten hoogste 10% van de totale jaaromzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking voor de daarbij genoemde overtredingen.

Ingevolge de artikelen 77i lid 2 Elektriciteitswet 1998 en 60ad lid 2 Gaswet houdt de DTe bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Een boete kan niet worden opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten (artikelen 77j lid 1 Elektriciteitswet 1998 en 60ae lid 1 Gaswet). Net als in geval van de last onder dwangsom vervalt de mogelijkheid om een boete op te leggen vijf jaren nadat de

overtreding heeft plaatsgevonden (artikelen 77j lid 1 Elektriciteitswet 1998 en artikel 60ae lid 1 Gaswet).

Het beleid van DTe inzake boetetoemeting is in ontwikkeling. Er wordt gewerkt aan zogenaamde "Richtsnoeren boetetoemeting Energie" (hierna: "de Richtsnoeren Energie"). Met de Richtsnoeren Energie beoogt DTe inzicht te verschaffen in de factoren die bij het bepalen van de hoogte van boetes in aanmerking zullen worden genomen. Met het oog op de gewenste preventieve werking acht DTe het van belang dit inzicht met name te verschaffen ten aanzien van (zeer) ernstige overtredingen. Op dit punt zullen de Richtsnoeren Energie richting geven over de hoogte van de boete die overtreders kunnen verwachten.

DTe heeft in de periode van juli 2004 tot en met 2005 in totaal tien boetes opgelegd. De eerste boete is opgelegd vanwege overtreding van een oneerlijke en misleidende verkoopmethoden (consumentenbescherming). De tweede boete hield verband met het niet verstrekken van door DTe gevraagde gegevens. De volgende acht boetes zijn opgelegd wegens het niet aanbieden van importcapaciteit op de elektriciteitsveiling APX. Tegen het eerste boetebesluit is beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam.

6.8.2 Bevindingen marktpartijen

Het grootste deel van de respondenten is bekend met de bevoegdheid van de Raad van Bestuur van de NMa om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van de Elektriciteits- en Gaswet. Als sterke punten van dit instrument worden genoemd:

- directe relatie gedrag en gevolgen;
- dwingend van karakter;
- het raakt een partij direct;
- naleving in de sector;
- expliciet signaal.

Als zwakke punten worden genoemd:

- achteraf en dus straffunctie hoort niet bij de toezichthouder, gegeven de andere bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt;
- het effect van de boete is sterk afhankelijk van de hoogte ervan;
- het instrument is te veel een paardenmiddel;
- partij kan de boete niet meer vermijden.

6.8.3 Beschouwing

Naar het oordeel van rapporteurs is er geen aanleiding voor aanpassing van de regelgeving. In algemene zin verwoorden de bevindingen de aarzelingen die bestaan

bij boetes opgelegd door het bestuur, maar de bestuurlijke boete heeft een gekende en rechtens erkende plaats in het Nederlands bestuursrecht.

Terzijde vestigen rapporteurs de aandacht op de uitspraak van het CBb van 9 februari 2006. In die uitspraak oordeelde het CBb over een door de Autoriteit Financiële markten aan Fortis N.V. opgelegde boete. Het CBb vernietigde het besluit waarbij de boete was opgelegd en door de raad van bestuur van de AFM was genomen, omdat in de opvatting van het CBb een lid van de raad van bestuur van de AFM te veel bemoeienis had gehad met het onderzoekstraject dat aan de oplegging van de boete vooraf was gegaan.¹⁰⁴ DTe sluit voor boetebeschikkingen aan bij de binnen NMa bestaande functiescheiding, en deze uitspraak dwingt volgens rapporteurs dan ook niet tot aangepaste regelgeving.

6.9 *Effectiviteit handhavinginstrumenten*

6.9.1 Waarnemingen van DTe

Hierboven is voor de verschillende marktgeledingen aangegeven dat handhavend optreden veelal wel en soms niet tot naleving voert c.q. blijft voeren.

Sinds 2002 houdt DTe proactief toezicht op de netbeheerders. Een belangrijk onderdeel daarvan is het uitvoeren van periodieke audits bij de netbeheerders. In de loop van 2003 is de wijze waarop DTe toezicht houdt op netbeheerders verder ontwikkeld. Dit heeft geleid tot de implementatie van de toezichtcyclus. Een onderdeel van deze toezichtcyclus is de Applicatie Interactieve DATA-uitvraag, in de wandelgangen ook wel AIDA genoemd. Hoewel DTe aanvankelijk kon vaststellen dat deze toezichtsystematiek bijdroeg aan spontane naleving van de regels – spontaan in die zin, dat geen bestuursrechtelijk handhavend optreden nodig was – heeft DTe geconstateerd dat dit effect is weggeëbd. Ook de informatieve waarde van AIDA voor het toezicht op de netbeheerders is beperkt: er worden vooral “gewenste” antwoorden gegeven, ook in die gevallen waarin DTe uit andere bron weet dat de netbeheerder op onderdelen niet aan de regels voldoet hier niet aan voldoet.

6.9.2 Bevindingen marktpartijen

Wat betreft geschilbeslechting door de Raad van Bestuur van de NMa vindt ruim de helft van de respondenten dat daar een sterk of zeer sterk signaal van uit gaat naar

¹⁰⁴ CBb 9 februari 2006, AWB 03/918, LJN: AV2682.

andere beheerders/LNG-bedrijven. Iets minder dan de helft van de respondenten vindt geschilbeslechting een geschikt handhavingsinstrument.

Gemiddeld 55% van de respondenten geeft aan dat, indien een partij een bindende aanwijzing krijgt, hier een sterk of zeer sterk signaal van uit gaat naar andere partijen. Iets minder dan de helft van de respondenten (gemiddeld 45%) geeft aan dat dit instrument geschikt is om gewenst naleefgedrag door partijen in de sector te waarborgen. Een kwart van de respondenten heeft wel eens een bindende aanwijzing gekregen. Dit laatste heeft dan in de meeste gevallen (86% van de respondenten) geleid tot aanpassing van gedrag.

Ruim de helft van de respondenten geeft aan dat, indien een partij een last onder dwangsom opgelegd krijgt, hier een sterk of zeer sterk signaal van uit gaat naar andere partijen. Iets meer dan de helft van de respondenten heeft aangegeven dit instrument geschikt te vinden om gewenst naleefgedrag door partijen in de sector te waarborgen.

Bijna twee derde van de respondenten (gemiddeld 64%) geeft aan dat, indien een partij een bestuurlijke boete opgelegd krijgt, hier een sterk of zeer sterk signaal van uit gaat naar andere partijen. Bijna twee derde van de respondenten (gemiddeld 64%) geeft vervolgens aan dat zij dit instrument geschikt vinden om overtreders te straffen en gewenst naleefgedrag door partijen in de sector te waarborgen.

Op de vraag of er andere instrumenten zijn die meer geschikt zijn dan de reeds bestaande instrumenten om gewenst naleefgedrag van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet te realiseren, worden de volgende instrumenten geopperd:

- "naming and shaming";
- civiele handhaving;
- sneller opleggen van boete;
- overleg op hoog niveau.

Bijna twee derde van de respondenten (gemiddeld 64%) geeft aan dat, indien een partij een bestuurlijke boete opgelegd krijgt, hier een sterk of zeer sterk signaal van uit gaat naar andere partijen. Bijna twee derde van de respondenten (gemiddeld 64%) geeft vervolgens aan dat zij dit instrument geschikt vinden om overtreders te straffen en gewenst naleefgedrag door partijen in de sector te waarborgen.

6.9.3 Beschouwing

DTe heeft een uitgebreid arsenaal van handhavingsinstrumenten. Rapporteurs hebben geen aanwijzingen dat dit arsenaal zou moeten worden uitgebreid.¹⁰⁵ Voor beperkingen van dit instrumentarium zijn evenmin deugdelijke redenen in het kader van deze evaluatie naar voren gekomen. Rapporteurs roepen in dit verband wel de smalle feitelijke basis van dit evaluatierapport in herinnering. Rapporteurs menen echter dat de ervaringen in de rechtspraktijk aanleiding geven voor de veronderstelling, dat een instrumentarium zoals dat aan DTe is toebedeeld niet gemist kan worden.

Vooropgesteld kan worden dat de premisse, dat ondernemingen amorele organisaties zijn die alleen dan tot normconform handelen overgaan wanneer een rationele analyse van kosten (boete) en baten (besparing van kosten van naleving) dat zou meebrengen naar alle waarschijnlijkheid niet zonder meer juist is. Rechtssociologisch onderzoek laat integendeel zien, dat de meeste ondernemingen de voor hen geldende regels nakomen, ook dan wanneer een normschending economisch voordelig zou zijn.¹⁰⁶ Uit de door Berenschot uitgevoerde enquête komt naar voren dat marktpartijen in overgrote meerderheid goed op de hoogte zijn van de toepasselijke energiewetgeving, en dat een groot aantal hunner de wetgeving in de dagelijkse praktijk ook met regelmaat ter hand neemt. Aannemelijk is met andere woorden dat de invloed van de wetgeving op het functioneren van marktpartijen betekenisvol is.

Daarmee is nog niet bekend welke invloed dat is, en of er van spontane en/of vrijwillige naleving kan worden gesproken. Hiervoor werd gerefereerd aan de onderzoeksmethode AIDA, en aan het feit dat daaruit naar voren kwam dat naleving toch niet vanzelfsprekend is. Voorts passeerden de aan partijen opgelegde lasten onder dwangsom, bindende aanwijzingen en boetes de revue. Desgevraagd gaf een kwart van de geënquêteerden aan wel eens een bindende aanwijzing te hebben gehad, die dan in 86% van de gevallen wel werd opgevolgd, en dus in 14% van de gevallen niet. De veronderstelling dringt zich met andere woorden ook hier op, dat naleving weliswaar de regel is, maar geen vanzelfsprekendheid.

¹⁰⁵ Eén van de geïnterviewden pleitte niet hiervoor maar wel voorhandhaving aan de hand van de WED. Rapporteurs menen dat strafrechtelijke handhaving op basis van de WED een zo geringe vervolgingskans oplevert, terwijl het OM dan bovendien met grote kennisachterstand zal kampen, dat hiervan geen betere handhaving verwacht kan worden.

¹⁰⁶ J. Braithwaite, "Crime, shame and reintegration", Cambridge University Press, Cambridge, 1989, blz.349
W. Huisman, Tussen Winst en Moraal, Achtergronden van Regelnaleving en regelovertrading door ondernemingen, diss. Utrecht 2001, Boom, Den Haag, 2001, blz. 231.

In de rechtspraak zijn sectoren te onderkennen die in hoge mate door rechtsregels worden bepaald, zoals de farmaceutische industrie en de gereguleerde sectoren. De aldaar werkzame ondernemingen - die in de rechtssociologie als "repeat players" plegen te worden bestempeld - hebben een professionele omgang met de juridische parameters die van (grote) invloed zijn op hun bedrijfsvoering. Hun aanpak pleegt strategisch van aard te zijn: zij willen de maximale wettelijke ruimte verkennen en benutten. Bij dergelijke ondernemingen treft men dus niet in de eerste plaats bewuste normschendingen aan - hoewel die getuige de recentelijk aan KPN opgelegde boetes in kortingzaken wel degelijk ook bestaan - maar wel extensieve interpretatie van de regelgeving, onder acceptatie van het risico dat in rechte uiteindelijk zal blijken dat zij het juridisch bij het verkeerde eind hadden.

Voorbeelden zijn te ontleen aan de geneesmiddelenwetgeving, het verzekeringsrecht en gereguleerde sectoren:

- De research based farmaceutische industrie (innovatoren) en de producenten van generieke geneesmiddelen leveren een voortdurende juridische strijd om de marktbescherming die uitgaat van intellectuele eigendomsrechten en handelsvergunningen zoveel mogelijk te vergroten respectievelijk te beperken. Van evident misbruik van de marktbescherming respectievelijk van evidente inbreuken op die beschermingsomvang pleegt geen sprake te zijn, maar wel pleegt sprake te zijn van extensieve en over en weer sterk uiteenlopende interpretaties van het recht, welke interpretaties hoe dan ook niet tegelijkertijd juist kunnen zijn en waarbij dus na rechterlijke tussenkomst zal blijken dat de innovator zich ten onrechte tegen een generiek geneesmiddel verzette of omgekeerd zal blijken dat de generieke producent een inbreuk maakte op de rechten van de innovator.
- Incumbents die door regulatoire wetgeving ertoe worden verplicht hun concurrent toegang tot hun netwerk te verlenen plegen die toegang niet zelden zo laat mogelijk toe te staan. Toen KPN vanuit Europese Regelgeving werd verplicht carrier preselect toe te staan heeft zij deze verplichting veel later uitgevoerd dan wettelijk was verplicht. Aangezien OPTA daartegen optrad en KPN zich daartegen niet verzette mag wel worden aangenomen dat KPN, zich van een extensieve interpretatie heeft bediend omtrent dat wat van haar verlangd kon worden, de nieuwe telefonie-aanbieders daarmee geruime tijd op afstand houdend.

De energiesector heeft met deze voorbeelden gemeenschappelijk, dat de financiële belangen zeer aanzienlijk zijn en dat het succes van de bedrijfsvoering in deze sector mede door juridische factoren wordt bepaald. In een dergelijke omgeving hoeft de bij de enquête gebleken bekendheid met de regelgeving ook geen aanwijzing te zijn, dat de regels 'wholeheartedly' worden nageleefd. Die vertrouwdheid met de regelgeving kan heel goed instrumenteel zijn voor een door de belangen van de desbetreffende

onderneming bepaalde en door expertise mogelijk gemaakte extensieve interpretatie van de regels.¹⁰⁷

Rapporteurs zien dus geen aanleiding wijziging van het handhavingsinstrumentarium in overweging te geven.

¹⁰⁷ Vgl. W. Huisman, a.w., 182 e.v. en 452 e.v.