

Vergaderjaar 2007–2008

31 374

Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 november 2007 en het nader rapport d.d. 26 februari 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 8 oktober 2007, no. 07.003261, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de werking van de energiemarkt voor kleinverbruikers te verbeteren door het vereenvoudigen van de administratieve processen, zowel tussen de energiebedrijven en de kleinverbruikers als tussen energiebedrijven onderling. Voorts regelt het voorstel tot in detail de invoering van «slimme energiemeters» (hierna: slimme meters). Met slimme meters kunnen gebruikers van een afstand hun meterstanden – inclusief het bijbehorende tarief – aflezen en hun verwarming afstellen. Ook kunnen de leveranciers met deze meters het energieverbruik van de eindgebruikers van een afstand aflezen en beïnvloeden. Thans worden verreweg de meeste meters al geïnstalleerd en onderhouden door de netbeheerder. Het voorstel legt deze praktijk vast in de wet.

De invoering van slimme meters geschiedt mede ter uitvoering van richtlijn 2006/32/EG². Teneinde de tijdige implementatie van deze richtlijn te bevorderen, zijn bepalingen over de invoering van slimme meters voor gas en elektriciteit opgenomen in de Wet energiebesparing, waarover de Raad van State op 21 september 2007 al heeft geadviseerd³. Indien het onderhavige voorstel tijdig in werking treedt, vervallen de corresponderende bepalingen in dat wetsvoorstel.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Richtlijn 2006/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 april 2006 betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten en houdende intrekking van richtlijn 93/76/EEG van de Raad (PbEG L 114).

³ Advies van 21 september 2007, W10.07.0295/III (nog niet gepubliceerd).

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen over het voorgestelde leveranciersmodel, de keuze voor een metermonopolie voor de netbeheerder, en de wijze van implementatie van richtlijn 2006/32/EG. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 oktober 2007, nr. 07.003261, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 november 2007, nr. W10.07.0358/III, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Raad van State aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. In reactie op het advies van de Raad van State merk ik het volgende op.

1. Leveranciersmodel

Sinds 1 juli 2004 is de markt voor levering van gas en elektriciteit geliberaliseerd. Kleinverbruikers kunnen een keuze maken uit verschillende energieleveranciers¹. Het onderhoud en het beheer van het energienet is in handen gebleven van netbeheerders, die in handen zijn van de overheid. In 2005 en 2006 kregen veel kleinverbruikers die naar een andere energieleverancier wilden overstappen te maken met lange wachttijden en administratieve fouten. Hierdoor is het vertrouwen in de markt geschaad en blijft het aantal kleinverbruikers dat overstapt achter bij de verwachtingen.

Het voorstel legt aan leveranciers en netbeheerders het zogenaamde leveranciersmodel op. De leverancier van de energie factureert en int tevens de kosten voor het gebruik van het energienet, waarvoor een vast tarief op basis van de grootte van de aansluiting (het capaciteitstarief) wordt berekend. De energieleverancier wordt tevens het eerste aanspreekpunt voor alle klachten die de kleinverbruiker heeft. Voorts wordt in de wet vastgelegd welke gegevens de leverancier en de netbeheerder aan elkaar en aan de eindafnemer verstrekken, teneinde vertragingen en vergissingen te voorkomen. Deze maatregelen moeten ervoor zorgen dat kleinverbruiker weer inzicht en vertrouwen krijgt in de energiemarkt.

De Raad maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Noodzaak van een wettelijke regeling

Op dit moment hanteren sommige leveranciers het zogenaamde netbeheerdersmodel². Andere leveranciers hanteren het leveranciersmodel. Verder komt het voor dat een afnemer één nota krijgt voor transport en levering, die door het gezamenlijke dienstencentrum (shared service center) van de netbeheerder en de leverancier wordt verstuurd. Deze verschillende modellen moeten alle door de netbeheerder worden gefaciliteerd waardoor er verschillende administratieve processen naast elkaar bestaan³.

Het voorstel beoogt met de invoering van het leveranciersmodel in combinatie met het capaciteitstarief de administratieve processen voor facturering te vereenvoudigen. Dit levert naar verwachting een kostenbesparing op van circa € 60 miljoen per jaar. Deze kostenbesparing valt grotendeels bij de netbeheerder. Het wetsvoorstel voorziet er in dat kostenbesparingen van de netbeheerder direct leiden tot een verlaging van transporttarieven⁴.

De Raad wijst erop dat het leveranciersmodel thans al door verschillende leveranciers wordt gebruikt⁵. Voor klanten van deze bedrijven verandert er door het wetsvoorstel weinig. Hetzelfde geldt voor de serviceverlening, die volgens de toelichting al is verbeterd door kortetermijnmaatregelen⁶. Het voorstel schrijft het leveranciersmodel desalniettemin wettelijk voor. De in de memorie van toelichting gegeven argumenten overtuigen de Raad niet van de noodzaak hiervan. De huidige praktijk toont aan dat het denkbaar is dat de doelstelling van het wetsvoorstel – vereenvoudiging van de administratieve processen, kan worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen van de energiesector⁷. Nu de toelichting niet aangeeft waarom een wettelijke regeling desondanks nodig is, adviseert de Raad de keuze hiervoor nader te bezien en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

b. Gezamenlijk dienstencentrum

Bij gebruikmaking van een gezamenlijk dienstencentrum komt het voor dat kleinverbruikers die van leverancier veranderen, de transportnota van de netbeheerder op briefpapier en onder logo van de oude leverancier (blijven) ontvangen, omdat de betreffende beheerder (die hetzelfde blijft) via het gezamenlijke dienstencentrum verbonden is met die oude leverancier. Dit kan marktverstoringen werken. In de praktijk zullen vooral leveranciers die met een netbeheerder in een groep verbonden zijn, gebruik maken van een dergelijk centrum. Doordat de netbeheerder in voorkomende gevallen een logo of naam gebruikt waar ook de (oude) leverancier mee geïdentificeerd kan worden, bestaat de mogelijkheid dat de klant beïnvloed wordt in zijn keuzegedrag. Hierdoor kan een ongelijke concurrentiepositie ontstaan tussen leveranciers die wel en niet met een netbeheerder in een groep verbonden zijn. Het

¹ In het voorstel worden onder kleinverbruikers verstaan degenen die een aansluiting hebben met een doorlaatwaarde van minder dan 3*80 ampère of 40m³ gas per uur, en die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

² In dit model krijgt de afnemer een leveringsnota van de leverancier en een transportnota van de netbeheerder.

³ Zie paragraaf 2.1.1 van de memorie van toelichting.

⁴ Zie de paragrafen 2.1.3 en 2.2.2 van de memorie van toelichting.

⁵ Onder andere door Essent (www.essent.nl).

⁶ Zie paragraaf 6.3.2 van de memorie van toelichting.

⁷ Aanwijzing 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

wettelijk voorschrijven van het leveranciersmodel maakt deze voordelen onmogelijk, omdat netbeheerders niet langer een afzonderlijke transportnota sturen¹.

Daargelaten of het gebruik van een gezamenlijk dienstencentrum marktverstorend werkt, is de Raad van oordeel dat het voorkomen van een dergelijke marktverstoring onvoldoende rechtvaardiging vormt voor het invoeren van een verplicht leveranciersmodel in de energiesector. Marktverstorend optreden door het gebruik van een gezamenlijk dienstencentrum kan ook op andere wijze worden tegengegaan. De Mededingingswet biedt hiervoor instrumenten, indien sprake is van een mededingingsbeperking in de zin van die wet. Bovendien geldt dat bij volledige splitsing tussen netbeheer en levering van energie in 2011, leveranciers niet meer verbonden kunnen zijn met een netbeheerder in een groep.

In de memorie van toelichting wordt geen aandacht besteed aan deze aspecten. De Raad adviseert dit alsnog te doen.

1a. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is opnieuw bezien of het leveranciersmodel wettelijk dient te worden geregeld. Belangrijk uitgangspunt van dit wetsvoorstel is het naar voren schuiven van de leverancier als primaire aanspreekpunt voor de klant. Doelstelling daarvan is dat de netbeheerder zich kan concentreren op de infrastructuur en dat de leverancier zich primair en doelmatig kan inspannen om de dienstverlening aan de klant te verbeteren en te optimaliseren. Eenvoud in de klant-leverancierrelatie zal marktwerking stimuleren en is de basis voor goede dienstverlening. Met de introductie van het leveranciersmodel als enig model wordt de markt voor de eindgebruikers overzichtelijker. De klant heeft bij zijn gekozen leverancier één enkel aanspreekpunt voor zijn energielevering en transport en de daarbij behorende dienstverlening en facturatie.

Tijdens de voorbereiding van de liberalisering van de kleinverbruikersmarkt en het overleg dat EZ in die tijd voerde met de sector in het kader van het Platform Versnelling Energieliberatisering, heeft de overheid zich altijd sterk voorstander getoond van het leveranciersmodel. Omdat deze voorkeur werd gedeeld door de sector is er destijds vanuit gegaan dat het zelfregulerende vermogen van de sector inderdaad zou leiden tot de keuze voor één systeem. Uiteindelijk is dat echter niet gebeurd waardoor er nadelige effecten zijn ontstaan.

De sector heeft zelf gevraagd om duidelijkheid. Op expliciet voorstel van de sector, alsmede op advies van de NMa wordt het leveranciersmodel nu wettelijk verplicht voorgeschreven. Op dit moment biedt de wet leveranciers de mogelijkheid om zelf te kiezen voor het netbeheerders- of leveranciersmodel. De meeste energiebedrijven hanteren het leveranciersmodel. In de huidige situatie zijn netbeheerders niet verplicht om mee te werken aan de toepassing van het leveranciersmodel.

Grote bezwaren tegen de huidige situatie zijn 1) onduidelijkheid voor de afnemer; 2) de noodzaak tot dubbele administratieve processen en de kosten, inefficiency en fouten die dat veroorzaakt; en 3) het ontbreken van een gelijke concurrentiepositie (gezien de voordelen van de geïntegreerde bedrijven). Klachten van consumenten wijzen er op dat er veel onbegrip en onduidelijkheid bestaat in die gevallen waarbij er twee verschillende facturen worden ontvangen (een van de netbeheerder en een van de leverancier). Ook zijn er veel klachten over fouten in de afstemming tussen deze facturen. Het bezwaar van de ongelijke concurrentiepositie wordt, zoals de Raad ook opmerkt, opgelost door de inwerkingtreding van de Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (hierna: Wet onafhankelijk netbeheer). De huidige voordelen van de geïntegreerde bedrijven ten opzichte van ander energiebedrijven in het kader van het gebruik van gezamenlijke interne facturatieprocessen vallen dan weg. Het betreffende artikel uit deze wet treedt 1 juli 2008 in werking. Voor bestaande bedrijven geldt een overgangsregeling. Deze bedrijven dienen op 1 januari 2011 aan het betreffende artikel te voldoen.

Blijft over het feit dat indien sommige bedrijven het netbeheerdersmodel hanteren de administratieve processen en de facturatiesystemen van netbeheerders ook het netbeheerdersmodel moeten ondersteunen. Zelfs indien alle bestaande leveranciers vrijwillig kiezen voor het leveranciersmodel, moet er altijd rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een

¹ Zie de paragrafen 2.1.1 en 2.1.3 van de memorie van toelichting.

nieuwkomer kiest voor het netbeheerdersmodel en moet de netbeheerder hoge kosten maken om zijn systemen zo in te richten dat bij voorbaat rekening wordt gehouden met een partij die kiest voor een afwijkend facturatiemodel. Hierdoor zou het geschatte jaarlijkse kostenvoordeel van invoering van het leveranciersmodel van 15 miljoen euro grotendeels teniet worden gedaan. Door het leveranciersmodel verplicht voor te schrijven voor kleinverbruikers, kunnen de administratieve processen in het kleinverbruikerssegment worden vereenvoudigd en hoeft de netbeheerder geen voorzieningen meer te treffen voor de facturering aan kleinverbruikers, hetgeen nu tot grote inefficiënties leidt. Alleen dan kunnen de verwachte kostenbesparingen ook daadwerkelijk worden gerealiseerd. Daarbij komt dat door het leveranciersmodel wettelijk te regelen de kosten voor facturering volledig worden verschoven van de netbeheerder naar de leverancier. Dat biedt mogelijkheden voor een efficiency-slag, doordat leveranciers hierop kunnen concurreren.

Voor de optie van het sluiten van een convenant is niet gekozen omdat er sprake is van een relatief dynamisch veld van marktspelers. Telkens bij toetreding van een nieuwe partij tot de markt zouden dan nieuwe onderhandelingen moeten plaatsvinden over deelname aan dit convenant. Ook is deelname uiteraard niet afdwingbaar.

Ten slotte en niet in de laatste plaats schept het hanteren van één model voor de kleinverbruiker de meeste duidelijkheid. In landen waar liberalisering al langere tijd is ingevoerd (Verenigde Staten, Verenigd Koninkrijk) is het leveranciersmodel ook de enig toegestane optie.

Alles overwegende blijft het kabinet bij de keuze het leveranciersmodel dwingend voor te schrijven, en niet het zelfregulerende vermogen van de sector aan te spreken. In paragraaf 2.1.2 van de memorie van toelichting is deze keuze nader toegelicht.

1b. De Raad is van oordeel dat het voorkomen van marktverstoring onvoldoende rechtvaardiging vormt voor het invoeren van een verplicht leveranciersmodel. Dat is een terechte opmerking. Het feit dat als gevolg van de Wet onafhankelijk netbeheer er in 2011 een volledige splitsing zal zijn tussen leverancier en netbeheerder is een belangrijke waarborg tegen marktverstoring. De primaire reden voor het dwingend opleggen van het leveranciersmodel is dan ook niet het tegengaan van mogelijke marktverstoring. Het gaat allereerst om het verbeteren van de dienstverlening aan de klant en om kostenbesparing en vereenvoudiging van administratieve processen. Overigens levert het leveranciersmodel wel degelijk een belangrijke bijdrage aan het verbeteren van het level playing field en worden de mogelijkheden tot marktverstoring verder gereduceerd. De sector heeft de overheid nadrukkelijk gevraagd om duidelijkheid op dit punt en heeft ook zelf één verplicht model voorgesteld.

De mogelijkheden die de Mededingingswet biedt om marktverstoring optreden door het gebruik van een shared service centrum tegen te gaan zijn overigens zeer beperkt.

Overeenkomstig het advies van de Raad van State is in paragraaf 2.1.1 van de memorie van toelichting aandacht besteed aan bovengenoemde aspecten.

2. Metermonopolie

In de huidige regelgeving wordt niet geregeld wie de gasen elektriciteitsmeters moet verstrekken. Alleen in de Elektriciteitswet 1998 is opgenomen dat de netbeheerder desgevraagd een meter moet verstrekken¹. In theorie bestaat er dus een vrije markt voor meters, maar hier wordt volgens de NMa nauwelijks gebruik van gemaakt. Wel zijn tussen 2001 en 2006 de tarieven voor elektriciteitsmeters met 83% gestegen, en voor gasmeters met 44%, zonder dat hiervoor een adequate verklaring is². Voorts dienen de lidstaten op grond van artikel 13, eerste lid, van richtlijn 2006/32/EG ervoor te zorgen dat alle eindafnemers de beschikking krijgen over een «slimme meter».

Het voorstel voorziet in een scheiding tussen het fysieke onderhoud van de meter en het aflezen en bewerken van meetgegevens. De installatie en het fysieke onderhoud worden bij uitsluiting opgedragen aan de netbeheerders³. Meters die door anderen dan de netbeheerders zijn geplaatst, worden tegen betaling van een vergoeding overgenomen⁴. Het aflezen en bewerken van de meetgegevens wordt de taak van de energieleveranciers. Deze zijn in het vervolg niet meer afhankelijk van de netbeheerders voor het berekenen van het energieverbruik.

¹ Artikel 16, eerste lid, aanhef en onder e, van de Elektriciteitswet 1998.

² Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.2.3, blz. 11.

³ Artikel 16, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10, zesde lid, van de Gaswet.

⁴ Artikel 26ad, derde tot en met vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998, en artikel 13d, derde tot en met vijfde lid, van de Gaswet.

a. Noodzaak van een monopolie

Met het exclusief opdragen van de installatie, het beheer en het onderhoud van de slimme meters aan de netbeheerders, worden deze onder de regionale monopolies van de overheidsbedrijven die netbeheerder zijn gebracht, en aldus aan de markt onttrokken. Het in het leven roepen van een dergelijk monopolie vereist een gedegen motivering in het licht van de liberalisering van de energiemarkt. Dit klemmt te meer, nu in de Wet energiebesparing voor beheerders van warmte- en koudnetten geen monopolie in het leven wordt geroepen, maar de netbeheerder slechts de verantwoordelijkheid krijgt om in de in artikel 2 van die wet genoemde gevallen slimme meters te verstrekken. Evenmin bestaat er een dergelijk monopolie ten aanzien van personen die handelen in de uitoefening van beroep en bedrijf en voor grootverbruikers. In de toelichting wordt een aantal argumenten genoemd om te kiezen voor deze regulering van de metermarkt, waaronder energiebesparing (paragraaf 2.3.2), verbetering van de administratieve processen (paragraaf 2.3.2.2), de kostenstijgingen op de metermarkt (paragraaf 2.3.2.3), het wegnemen van fysieke en administratieve barrières voor de eindverbruiker om over te stappen (paragraaf 3.1), alsmede het bereiken van een landelijke dekking van de slimme meters en tariefregulering (paragraaf 2.3.4). Voorts wordt betoogd dat de meter een ondersteunende functie vervult op de vrije energiemarkt, en dat de netbeheerder derhalve voor de meter verantwoordelijk moet zijn (paragraaf 2.3.4). De Raad merkt op dat uit de toelichting niet duidelijk wordt welke argumenten betrekking hebben op de keuze om tot een landelijke dekking voor slimme meters te komen en welke argumenten op de keuze om een metermonopolie voor de netbeheerders in het leven te roepen. De Raad adviseert de noodzaak van het instellen van een metermonopolie voor de netbeheerder nader te bezien en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

b. EG-recht

In paragraaf 3 van de toelichting wordt het metermonopolie getoetst aan de regels voor mededinging en vrij verkeer van diensten in het EG-Verdrag, en aan richtlijn 2006/123/EG¹ (Dienstenrichtlijn). De Raad wijst hierbij op het volgende.

De netbeheerders krijgen in het voorstel het exclusieve recht om energiemeters te plaatsen en te beheren. Daarmee zijn deze beheerders ondernemingen waaraan een exclusief recht is verleend als bedoeld in artikel 86, eerste lid, van het EG-Verdrag, en geldt ten aanzien van deze bedrijven dat de lidstaten geen maatregelen treffen die in strijd zijn met het EG-Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.

Het voorgestelde monopolie van de netbeheerders op het plaatsen en beheren van de meters vormt een beperking van het vrije verkeer van diensten, zoals vastgelegd in artikel 49 van het EG-Verdrag. Ondernemingen uit andere lidstaten kunnen als gevolg van deze regel geen meters installeren, beheren en onderhouden. Derhalve dient getoetst te worden of deze beperking gerechtvaardigd kan worden door een dwingende reden van algemeen (niet-economisch) belang, en of deze beperkingen noodzakelijk en proportioneel zijn. Toetsing aan artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag (uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang), is daarbij niet aan de orde. Deze bepaling kan pas in beeld komen, indien een belemmering niet gerechtvaardigd is op basis van een dwingende reden van algemeen belang en een onderneming bij afwezigheid van het monopolie de dienst van algemeen economisch belang niet adequaat kan verrichten.

Het voorgestelde metermonopolie valt volgens de toelichting niet onder de Dienstenrichtlijn, omdat deze geen betrekking heeft op diensten van algemeen economisch belang, die zijn voorbehouden aan openbare of particuliere entiteiten, zoals in dit geval de netbeheerders². Zonder nadere toelichting wordt aangenomen dat bij het metermonopolie sprake is van een dienst van algemeen economisch belang. De Raad acht dit niet zonder meer evident. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG is het begrip dienst van algemeen economisch belang nog niet geheel uitgekristalliseerd. Over het algemeen wordt er van uitgegaan dat het begrip verwijst naar diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Europese Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbaredienstverplichtingen van toepassing

¹ PbEU 2006, L 376.

² Memorie van toelichting, paragraaf 3.2.1.

verklaren. Het is niet zonder meer duidelijk dat de installatie en het beheer van slimme meters aan deze omschrijving voldoet. De conclusie behoeft dan ook nadere onderbouwing.

In de toelichting wordt de tariefregulering in het wetsvoorstel getoetst aan de Dienstenrichtlijn. De Raad merkt op dat het nadere toelichting behoeft, waarom toetsing aan de Dienstenrichtlijn nodig is, indien de tariefregulering betrekking heeft op een dienst van algemeen economisch belang, zoals in de toelichting wordt gesteld. Dergelijke diensten vallen immers buiten bereik van de richtlijn.

De Raad adviseert de toetsing aan het Europese recht in het licht van de in deze paragraaf onder a en b gemaakte opmerkingen aan te passen.

2a. In het wetsvoorstel wordt ervan uitgegaan dat slechts het beheer van de meetinrichting tot het exclusieve domein van de netbeheerder behoort. Het beheer van de meter wordt gezien als een strategische taak die de netbeheerder in eigen beheer dient uit te voeren. Zaken als installatie van de meter, onderhoud, inrichting en het beheer van de ondersteunende communicatie-infrastructuur zijn niet voorbehouden aan de netbeheerder en kunnen door de netbeheerder worden uitbesteed. Het wetsvoorstel laat expliciet ruimte voor het ter beschikking stellen en de installatie van de meter door anderen dan de netbeheerder. Anders dan de Raad van State lijkt op te maken uit het wetsvoorstel, betreft dit dus geen exclusieve taak van de netbeheerder. Paragraaf 2.3.3 van de memorie van toelichting is op dat vlak aangescherpt.

2b. In de memorie van toelichting wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op verschillende Europeesrechtelijke aspecten die met dit wetsvoorstel samenhangen. Voor de Raad heeft dit aanleiding gegeven om in de eerste plaats op te merken dat het neerleggen bij de netbeheerders van het voorgestelde monopolie eerst getoetst dient te worden aan het vrij verkeer van diensten, voordat eventueel toegekomen wordt aan een toetsing aan artikel 86, tweede lid, EG (de uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang). Het scherpe onderscheid dat de Raad aanbrengt tussen de rechtvaardiging van een inbreuk op het vrij verkeer van diensten en een dienst van algemeen economisch belang, wordt in de jurisprudentie minder scherp onderschreven. Er is juist sprake van een overlap tussen de dwingende redenen van algemeen belang die een inbreuk op het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen en het algemeen belang dat het instellen van een dienst van algemeen economisch belang kan rechtvaardigen (zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van 20 februari 2001, Analir, zaak C-205/99, punten 23–40).

De Raad wijst er terecht op dat het instellen van een monopolie niet enkel een inbreuk vormt op het verbod van artikel 86, eerste lid, EG, maar ook van het vrij verkeer van diensten zoals neergelegd in artikel 49 EG. In lijn met de jurisprudentie van het Hof zal echter het verbod van artikel 86, lid 1, EG evenals de rechtvaardiging voor het afwijken van dit verband in samenhang met andere relevante verdragsregels moeten worden bekeken. Aan het verbod van artikel 86, eerste lid, EG komt namelijk zelfstandig geen betekenis toe (zie arrest van 28 september 2006, Asemfo/Tragsa, zaak C-295/05, punten 39–40). Overeenkomstig het advies van de Raad is in de memorie van toelichting een duidelijker toetsing aan zowel de beginselen van het vrij verkeer van diensten en het kader van artikel 86, lid 2, EG opgenomen.

In de tweede plaats vraagt de Raad zich af of bij het metermonopolie wel sprake is van een dienst van algemeen economisch belang. De Raad acht dit niet zonder meer evident, mede omdat in de jurisprudentie van het Hof hierover nog niet is uitgekristalliseerd. De Raad verzoekt om een nadere onderbouwing van de conclusie dat de installatie en het beheer van de slimme meter voldoet aan gebruikelijke kenmerken van een dienst van algemeen economisch belang. In dit kader is het relevant op te merken dat aan de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt om te beslissen wat een dienst van algemeen economisch belang is, hoe deze moet worden georganiseerd en gefinancierd en aan welke bijzondere verplichtingen deze dienst onderworpen is (zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van 15 juni 2005, Fred Olsen, T-17/02, punt 216). Dit is recentelijk met het protocol over diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon uitdrukkelijk bevestigd.

Enkel zuiver economische belangen kunnen niet voldoen aan het vereiste dat er sprake moet zijn van een algemeen belang dat door deze dienst moet worden gewaarborgd (zie in dit verband het arrest van 5 juni 1997, SETTG, C-398/95, punt 23 en het arrest van 10 december 1991, Porto di Genova, C-179/90, punt 26–27). In de memorie van toelichting is duidelijker aangegeven wat het algemeen (niet-economisch) belang is dat wordt gediend door het neerleggen van het monopolie.

In de derde plaats wenst de Raad een nadere toelichting waarom de tariefregulering in het wetsvoorstel is getoetst aan de dienstenrichtlijn, terwijl volgens de toelichting deze regulering betrekking heeft op een dienst van algemeen economisch belang en deze diensten buiten het bereik van de dienstenrichtlijn vallen. Anders dan de Raad van State lijkt op te maken uit de memorie van toelichting, zijn diensten van algemeen economisch belang niet per definitie uitgesloten van de reikwijdte van de dienstenrichtlijn (zie in dit verband overwegingen 8 en 17 en artikel 15, vierde lid, en artikel 17, eerste lid, van de dienstenrichtlijn).

Wel is het zo dat voor veel belangrijke diensten van algemeen economisch belang geldt dat deze zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de dienstenrichtlijn, omdat de desbetreffende sector in zijn geheel van de dienstenrichtlijn is uitgesloten. Het gaat daarbij om sociale diensten, diensten in de gezondheidszorg, financiële diensten etc. Bovendien bepaalt de dienstenrichtlijn zelf dat belangrijke onderdelen van de regulering van een dienst van algemeen economisch belang niet onder de reikwijdte van de dienstenrichtlijn vallen: de dienstenrichtlijn respecteert expliciet de vrijheid van de lidstaten om in overeenstemming met het gemeenschapsrecht vast te stellen wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen, hoe deze diensten moeten worden georganiseerd en gefinancierd en aan welke bijzondere verplichtingen zij onderworpen zijn (artikel 1, derde lid, tweede alinea, van de dienstenrichtlijn).

Voorschriften die dus de dienst van algemeen economisch belang definiëren, organiseren en aan deze dienst bijzondere eisen verbinden evenals de financiering daarvan regelen, vallen daarom buiten het bereik van de dienstenrichtlijn. De dienstenrichtlijn verplicht ook niet tot het afschaffen van dienstenmonopolies (artikel 1, derde lid, eerste alinea, van de dienstenrichtlijn).

De regels inzake de tariefregulering zijn accessoir van karakter en definiëren en organiseren de dienst van algemeen economisch belang niet noch hebben zij direct betrekking op de financiering van de dienst van algemeen economisch belang. Weliswaar zijn deze regels relevant voor de financiering van de dienst van algemeen economisch belang, omdat zij de mogelijkheid beperken voor de netbeheerders om kosten in rekening te brengen bij de afnemers. Het voorwerp van de tariefregulering is dus niet de financiering van de dienst van algemeen economisch belang zelf, maar de beperking van de mogelijkheid voor de netbeheerders om door het verkregen monopolie te hoge tarieven bij de afnemers in rekening te brengen. Dit type regulering valt derhalve wel binnen het bereik van de dienstenrichtlijn. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

3. Implementatie

Het voorstel bevat een gedeeltelijke implementatie van richtlijn 2006/32/EG.

Deze richtlijn zal worden geïmplementeerd in de Wet energiebesparing, waarover de Raad al eerder heeft geadviseerd¹. Indien het onderhavige voorstel tijdig in werking treedt, vervallen de corresponderende bepalingen in de Wet energiebesparing. De implementatie heeft specifiek betrekking op artikel 13 van de richtlijn, dat de lidstaten opdraagt te bewerkstelligen dat eindverbruikers slimme meters voor huishoudelijke doeleinden tegen concurrerende prijzen ter beschikking worden gesteld. De Raad maakt over de gekozen wijze van implementatie de volgende opmerking.

Volgens artikel 13 van de richtlijn dienen de meters tegen concurrerende prijzen ter beschikking te worden gesteld. Ingevolge het voorstel worden de meters ter beschikking gesteld door de netbeheerder, en is het anderen verboden deze taak uit te voeren². Uit de toelichting wordt niet duidelijk hoe voldaan kan worden aan de eis uit de richtlijn dat de meters tegen concurrerende prijzen ter beschikking worden gesteld.

De Raad adviseert in de toelichting op deze vraag in te gaan.

¹ Advies van 21 september 2007, W10.07.0295/III (nog niet gepubliceerd).

² Artikel 16, eerste lid, onderdeel n, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10, vijfde lid, onderdeel a, en zesde lid, van de Gaswet.

3. Richtlijn 2006/32/EG legt aan de lidstaten de verplichting op om ervoor te zorgen dat afnemers de beschikking krijgen over individuele meters tegen concurrerende prijzen, voor zover dit technisch mogelijk en financieel redelijk is en voor zover dit in verhouding staat tot de potentiële energiebesparingen. Met onderhavige wetswijziging wordt voorgesteld het beheer van de meter onder te brengen bij de netbeheerder. Op een aantal manieren wordt gewaarborgd dat meters tegen concurrerende prijzen worden aangeboden. Met de Wet onafhankelijk netbeheer zijn artikel 30a van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 81e van de Gaswet gewijzigd. Hierdoor valt het gebruik van ter beschikking gestelde meters per 1 januari 2008 onder de tariefregulering van de NMa. In deze regulering wordt de werking van effectieve concurrentie nagebootst en wordt kostenefficiëntie gestimuleerd. Paragraaf 2.3.8.4 van de memorie van toelichting is op verzoek van de Raad op dit punt aangevuld. Voorts zal de netbeheerder vanwege de grote volumes de inkoop van meters moeten aanbesteden. Ook dit biedt mogelijkheden voor kostenbesparingen. Door de maatstafregulering van de NMa is het mogelijk om een efficiënt inkopende netbeheerder als benchmark te hanteren voor de overige netbeheerders (artikel 41b en artikel 41c van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 12f van de Gaswet). Overigens biedt het wetsvoorstel ook voor andere partijen mogelijkheden om binnen bepaalde voorwaarden op verzoek van de afnemer een slimme meter te (laten) plaatsen. Het is aan de afnemer om hierin een (kosten)afweging te maken.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

4. De redactionele kanttekeningen van de Raad van State zijn in het wetsvoorstel verwerkt.

5. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt de Wet onafhankelijk netbeheer op een punt aan te passen. Artikel IX van deze wet wordt ingetrokken. Dit artikel kende een uitzondering op het groepsverbod voor een drietal (gas)netbeheerders, te weten: B.V. Netbeheer Haarlemmermeer, Obragas Net N.V. en Intergas Netbeheer B.V. Deze uitzondering was aanvankelijk gerechtvaardigd omdat deze netbeheerders ten tijde van indiening van het wetsvoorstel niet volledig in publieke handen waren. Inmiddels zijn de netbeheerders (weer) volledig in publieke handen. Daarmee zijn de noodzaak en rechtvaardiging van genoemde uitzondering komen te vervallen. Na intrekking van voornoemd artikel geldt het groepsverbod ingevolge de Wet onafhankelijk netbeheer ook voor deze netbeheerders onverkort.

Van de gelegenheid is ook gebruik gemaakt om dit wetsvoorstel op een punt aan te passen. Afnemers die zich in hoofdzaak bezighouden met het beheer en de exploitatie van (mobiele) telecommunicatie- en kabelnetwerken worden in artikel 1, tweede lid, toegevoegd aan de categorie afnemers die op grond van dit artikel worden aangemerkt als grootverbruikers. Dit betekent dat deze afnemers (ongeacht het aantal kleinverbruikersaansluitingen waarover zij beschikken) kunnen kiezen voor een leverancier die niet noodzakelijkerwijs over een vergunning beschikt voor het leveren aan kleinverbruikers en ook voor wat betreft de meetinrichting en meetdiensten onder het grootverbruikersregime vallen. KPN heeft een verzoek ingediend om onder de uitzondering van artikel 1, tweede lid, te vallen. In verband hiermee is ook artikel 16c, tweede lid, aangepast. Bedrijven die ingevolge de specifieke technische aard van de bedrijfsvoering beschikken over talrijke aansluitingen die onderdeel uitmaken van een fysiek geïntegreerde bedrijfsvoering, hebben op grond van artikel 16c, tweede lid, de mogelijkheid de aansluitingswerkzaamheden met betrekking tot deze aansluitingen openbaar aan te besteden. Deze regeling wordt ook expliciet van toepassing verklaard op telecom- en kabelnetwerken. Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt in dit wetsvoorstel en de memorie van toelichting ondergeschikte redactionele en technische verbeteringen aan te brengen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Economische Zaken,
M. J. A. van der Hoeven

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W10.07.0358/III met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- Artikel I, onderdeel A en artikel V aanpassen, aangezien de Wet van 14 december 2005 ter implementatie van richtlijn 2004/8/EG inzake de bevordering van warmtekrachtkoppeling op 21 juli 2007 in werking is getreden.
- In artikel I, onderdeel B, subonderdeel 2, «onderddel h» vervangen door «onderdeel h».
- In artikel I, onderdeel H, in artikel 26aa «bedoeld in artikel 16, eerste lid, onderdelen n en o» vervangen door «genoemd in artikel 16, eerste lid, onderdelen n en o».
- In hetzelfde onderdeel, in artikel 26ab, vierde lid, toevoegen in welke gevallen kosteloos toegang wordt verleend.
- In artikel I, onderdeel O, in het tweede lid van artikel 54, «het voorstel» vervangen door «dit voorstel» en in artikel II, onderdeel E, in artikel 22, tweede lid, «over een voorstel» vervangen door «dit voorstel».
- Artikel 54, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 22, derde lid, van de Gaswet, telkens redigeren naar het voorbeeld van artikel 33, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998.
- In artikel II, onderdeel D, in artikel 13a, «bedoeld in artikel 10, vijfde lid», vervangen door «genoemd in artikel 10, vijfde lid».
- In artikel II, onderdeel E, in artikel 27, tweede lid, «mededingingsvoorstel» vervangen door mededingingsautoriteit.
- In artikel III, onder 1 en 2 telkens de zinsnede «, van de Wet op de economische delicten» verwijderen.