

1. Algemeen

Graag wil ik mijn bedenkingen uiten. In het consultatiedocument wordt een aantal keuzes gemaakt die zeer nadelig zijn voor de consument, zowel voor de huishoudens als de grootzakelijke verbruikers. Het gaat daarbij om een aantal belangrijke inhoudelijke punten (onder 2) en om bezwaren vanuit procedureel en rechtsbeschermingsoogpunt (onder 3). Ik zal deze punten hieronder aanstippen.

2. Geen herinvoering producententarief

2.1. Geen locatieprikkel

In de verzamelwet van Stroom wordt vastgelegd dat producenten in Nederland geen transportafhankelijk tarief betalen. Er wordt gesteld dat het hanteren van een producententarief dat valt binnen de Europese regelgeving geen significant effect op de elektriciteitsprijs en een klein effect op het investeringsklimaat heeft. Deze passage staat op gespannen voet met de volgende passage uit het rapport van DCision, ECN en TuDelft (p. 47):

“Bij producenten wordt geen nettatarief voor hun geproduceerde elektriciteit in rekening gebracht. De consequentie is dat zij geen of nauwelijks rekening houden met de netkosten die zij veroorzaken door hun investerings- en productiebeslissingen. Dit is suboptimaal vanuit het perspectief van het totale systeem (lange termijn efficiëntie) en het streven naar minimalisatie van systeemkosten (productie- en netkosten).”

Uit deze passage kan worden afgeleid dat het niet vaststellen van een producententarief tot inefficiënte keuzes leidt en daardoor tot hogere kosten voor de afnemers.

Vervolgens wordt in hetzelfde rapport gezegd dat (p. 47):

“Een hoger producententarief dan 0,5 Euro /MWh wordt belemmerd door EU regelgeving. Een niet-locatiegebonden transporttarief zoals momenteel over het verbruik wordt geheven, geeft geen prikkel aan producenten om locaties uit te kiezen die diepe netkosten beperken en bevordert de systeem efficiëntie op die grond niet.”

Het kan worden afgevraagd wat de status is van de bovengrens waarnaar het consultatiedocument en het rapport verwijzen (zie hierover uitgebreid: S. Lavrijssen en A. Crespo van der Kooij, ‘Producer Exemption from Transport Tariffs under EU Law’, *European Energy and Environmental Law Review*, december 2013, pp. 245-262). De bovengrens van 0,5 Euro /MWh is neergelegd in Verordening 838/2010, Part B. Het eerste punt van Part B bepaalt dat de jaarlijks gemiddelde transmissietarieven die door de producenten moeten worden betaald binnen bepaalde marges moeten blijven. Het derde punt bepaalt wat de marges zijn en het creëert vier categorieën. De eerste categorie omvat alle Lidstaten met uitzondering van Denemarken, Zweden, Finland, Roemenië, Ierland, Groot-Brittannië en Noord-Ierland. De transmissietarieven voor de producenten in deze landen moeten vallen tussen de marge van 0 tot 0,5 EUR/MWh. Er bestaat nauwelijks toelichting op de categorieën

en de berekening van de marges. In het VK en de Scandinavische Lidstaten is gekozen voor een systeem met locatiesignalen. Deze signalen zijn ingesteld om de producenten te stimuleren om hun productiecapaciteit efficiënt te installeren en te beheren. Als er bijvoorbeeld in een bepaald gebied meer productiecapaciteit beschikbaar is dan wordt afgenomen, kan het als onredelijk worden gezien dat de beperkte groep afnemers in dat gebied moet betalen voor alle kosten voor de opgewekte energie. De elektriciteit wordt namelijk naar een ander gebied getransporteerd. De producenten kunnen bij dit systeem een proportioneel aandeel van de transporttarieven in rekening worden gebracht, omdat hun strategie om in bepaalde gebieden in te voeden leidt tot een onbalans tussen vraag en aanbod. Hierdoor ontstaat een intensief gebruik van het netwerk om de elektriciteit naar afnemers in andere gebieden te transporteren. Het instellen van locatiesignalen kan producenten stimuleren om hun invoedingsactiviteiten te vestigen in de gebieden waar de elektriciteit wordt afgenomen. De maximale transmissietarieven die in die landen gelden, zijn hoger dan in, bijvoorbeeld, Nederland.

De hierboven besproken Verordening geeft echter nauwelijks inzicht in de achtergrond van de verschillende categorieën en in de tariefmarges. Het lijkt alsof ze zijn gebaseerd op de bestaande praktijk van de Lidstaten. Dit zou betekenen dat de Lidstaten ook kunnen besluiten om hun tariefbeleid aan te passen, en, bijvoorbeeld, wel locatiesignalen toe te passen. Zij moeten dan wel in overleg treden met de Europese Commissie. De Commissie kan worden verzocht een voorstel te doen tot aanpassing van de Verordening, zodat de betreffende Lidstaat in een andere categorie kan worden ingedeeld.

Het voorgaande geeft aan dat de Europese marges niet in het cement zijn gegoten en kunnen worden aangepast. Verder rijzen een aantal fundamentele vragen. De marges lijken toe te staan dat producenten niet meebetalen aan de transportafhankelijke kosten van het netwerk. Echter, zoals hierna wordt besproken, staan deze richtsnoeren op gespannen voet met een aantal fundamentele bepalingen van het Europees recht, namelijk het non-discriminatiebeginsel en de Europese staatssteunbepalingen (zie Lavrijssen en Crespo van der Kooij 2013).

2.2. Non-discriminatiebeginsel

Het non-discriminatiebeginsel is afgeleid van het gelijkheidsbeginsel en is één van de fundamentele beginselen van het EU-recht (HvJEU, zaak C-17/03, VEMW, Jur. 2005 I-5016). Het beginsel moet worden geïnterpreteerd als een verbod om vergelijkbare zaken verschillend te behandelen en om verschillende zaken hetzelfde te behandelen. Het moet worden opgemerkt, dat de interpretatie van dit beginsel in het energierecht nog niet is uitgekristalliseerd (Lavrijssen en Crespo, 2013, p. 250-251). Het kan strikt worden geïnterpreteerd, in die zin dat enkel sprake kan zijn van discriminatie indien de handeling effect heeft op de concurrentieverhouding tussen de betrokken ondernemingen. Bij een onderscheid tussen producenten en afnemers, is in principe geen sprake van de benadeling van de concurrentiepositie van de ene groep ondernemingen ten opzichte van die van de andere groep ondernemingen. Maar als het Hof het non-discriminatie-beginsel ruimer interpreteert, in die zin dat het verder gaat dan het verschillend behandelen van concurrenten maar ook de verschillende behandeling van netwerkgebruikers omvat, zou de vrijstelling van de betaling van de transportkosten voor de producenten onder het non-discriminatiebeginsel vallen.

Als wordt aangenomen dat de transportdienst zowel ten behoeve van de producenten als de afnemers wordt verricht, staat het op gespannen voet met een ruime interpretatie van het non-

discriminatie beginsel om de transportkosten enkel bij de afnemers in rekening te brengen. Deze juridische onzekerheid moet worden meegenomen –eventueel na overleg met de Europese Commissie- bij de vormgeving van de tariefregulering in de energiesector.

2.3. Europese staatssteunbepalingen

Het feit dat de producenten niet hoeven te betalen voor de transportafhankelijke kosten, kan worden gezien als een economisch voordeel dat aan specifieke ondernemingen wordt toegekend, en dat het resultaat is van gedrag dat aan de Staat kan worden toegerekend, onafhankelijk van de vraag of er staatsmiddelen worden overgedragen. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat artikel 107, lid 1, VWEU alle geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen permanent deel uitmaken van het vermogen van de staat (zaak C-262/12, Association Vent De Colère). Met andere woorden de vrijstelling van de netwerktarieven voor de producenten kan worden gezien als illegale staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. Er zijn vier voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, opdat er sprake is van staatssteun:

- 1) Staatsmiddelen;
- 2) Economisch voordeel;
- 3) Selectiviteit;
- 4) Verstoring van de mededinging en effect op tussen staatse handel.

Lavrijssen en Crespo van der Kooij hebben gesteld, dat afhankelijk van de precieze interpretatie en toepassing van bovenstaande criteria (een brede of nauwe interpretatie), er voldoende aanknopingspunten zijn om te veronderstellen dat sprake is van staatssteun. Deze onzekerheid kan worden weggenomen door de maatregel te melden bij de Europese Commissie, die uitsluitsel kan geven over de vraag of het hier met het VWEU onverenigbare staatssteun betreft, of deze staatssteun kan worden toegestaan en zo ja onder welke voorwaarden.

2.4 Geen innovatie netwerktarieven

In het consultatiedocument wordt vooralsnog vastgehouden aan de bestaande tariefssystematiek van het elektriciteitsnet, die is gebaseerd op de traditionele rol van de consument als passieve netwerkgebruiker. De effecten van lokale invoeding en Demand Response Programma's worden nog niet meegenomen in de tariefregulering. Dit zal teleurstellend zijn voor degenen die voorstander zijn van lokale duurzame initiatieven en van een actieve participatie van de consument in deze initiatieven en Demand Response Programma's. Van de ene kant is de gemaakte keuze jammer. De wetgeving is statisch en kan daardoor snel achter de innovaties in de markt aanlopen. Aan de andere kant is zij begrijpelijk. Er is immers nog te weinig bekend over het gedrag van consumenten en hun wensen en voorkeuren bij de participatie in Demand Response Programma's. Eerst zal de overheid meer inzicht moeten verkrijgen in die zaken, als mede de daarmee samenhangende juridische en ethische kwesties, alvorens tot een fundamentele herziening van de wetgeving kan worden overgegaan. Desalniettemin doet de overheid er goed aan om te zorgen dat de wetgeving voldoende flexibel is, zodat de tariefregulering, zo nodig, op effectieve en eenvoudige wijze kan worden aangepast als de omstandigheden (technologische ontwikkelingen en behoeften van de afnemers) in de markt dit vragen.

3.1. Verdeling bevoegdheden Minister/ACM

In het consultatiedocument wordt gesteld dat de reikwijdte van de codes beter moet worden afgebakend. Het idee is dat beleidsmatige keuzes in wet -en regelgeving liggen en niet in de codes horen. Als de beleidsmatige aspecten, bijvoorbeeld volksgezondheid, veiligheid of rechtsbescherming van consumenten, de overhand hebben op de op basis hiervan uit te werken technische aspecten, zoals bij de gassamenstelling en congestiemanagement, wordt een onderwerp in zijn totaliteit in een wet, AMvB of Ministeriële Regeling geregeld. Dit voornemen brengt twee risico's met zich:

- 1) De wetgeving wordt zo gedetailleerd dat de ACM te weinig flexibiliteit heeft om rekening te houden met technologische ontwikkelingen in de energiemarkt. Hierdoor ontstaat het gevaar dat, bijvoorbeeld, tariefregulering onvoldoende rekening kan houden met bepaalde innovaties (zoals de ontwikkeling van Demand Response Programma's) en daardoor concurrentieverstorend en innovatieremmend kan werken.
- 2) De juridische onafhankelijkheid van de ACM wordt geschonden.

In het hiernavolgende worden enkele opmerkingen over de Europese onafhankelijkheidseisen en de vormgeving van het toezicht op de energiesector gemaakt.

3.2. Europese onafhankelijkheidseisen

De Europese wetgever heeft in de energierichtlijnen onafhankelijkheidseisen vastgelegd. In deze richtlijnen zijn steeds verdergaande eisen voor de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders geïntroduceerd. Aanvankelijk richtten deze eisen zich slechts op het aspect van de onafhankelijkheid van *marktpartijen*, maar inmiddels zijn de eisen verder aangescherpt en hebben de eisen ook betrekking op onafhankelijkheid van de *politiek* (zie A.T. Ottow & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Europees recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, nr. 3, pp. 34-50).

Onafhankelijkheid van marktpartijen is noodzakelijk om een evenwichtige belangenafweging bij het beoordelen van marktsituaties, reguleringsbesluiten en conflicten te verzekeren, zonder inmenging van een overheid, die in de energiesector zelf financiële belangen heeft via het aandeelhouderschap in de landelijke netwerken (de Staat) en de distributienetwerken (lokale overheden). Enige vorm van belangenverstrengeling is niet toegestaan. De toezichthouder dient juridisch gezien onderscheiden te zijn van elke marktpartij en functioneel onafhankelijk. Tevens dient een daadwerkelijke structurele scheiding te worden aangebracht tussen de regelgevende (toezicht)taken en het aandeelhouderschap van een lidstaat in een marktpartij (Ottow & Lavrijssen 2011).

Met de inwerkingtreding van de derde generatie energierichtlijnen zijn de Lidstaten tevens verplicht te voldoen aan strenge eisen inzake de onafhankelijkheid van de nationale toezichthouders ten opzichte van de politiek (artikel 35, lid 4 en 5 van Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 4 en lid 5 van Richtlijn 2009/73/EG). Deze eisen hebben onder meer betrekking op het verrichten van de reguleringstaken "onafhankelijk van enig politiek orgaan", de financiering van de toezichthouder en de benoemingstermijn van de leden van het bestuur (zie A.T. Ottow & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Europees recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, nr. 3, pp. 34-50 en S.A.C.M. Lavrijssen & A.T. Ottow, 'The Fragility of Independent Agencies in

the EU', *Legal Issues of Economic Integration* 2012, 39(4), pp. 419 – 445). In het Europees recht, worden de Europese onafhankelijkheidseisen voor markttoezichthouders steeds verder ingevuld door de Europese wetgever en door de rechtspraak van het Hof van Justitie. De hoogste Europese rechter heeft dergelijke Europese onafhankelijkheidseisen in Duitse en Oostenrijkse privacy-zaken op een ruime wijze geïnterpreteerd. Daarbij werd duidelijk dat niet alleen directe maar ook indirecte beïnvloeding (door overheidstoezicht) af kan doen aan de onafhankelijkheid van het markttoezicht. Organisatorische, personele en budgettaire aspecten mogen de toezichthouder niet belemmeren in de onafhankelijke uitoefening van zijn taak. Niet alleen daadwerkelijke beïnvloeding van de uitoefening van de reguleringstaken door de toezichthouder, maar ook de mogelijkheden daartoe zijn problematisch. Deze zaken laten zien dat het Europese Hof onafhankelijkheidseisen interpreteert in het licht van het doel en de taken van de toezichthouder. De toezichthouders dienen voldoende ruimte te hebben om hun taken op effectieve wijze uit te oefenen. Een ruime interpretatie van de bevoegdheden en de onafhankelijkheid is volgens het Hof niet in strijd met het beginsel van de (representatieve) democratie. De toezichthouders moeten de wet toepassen, zijn onderworpen aan rechterlijke controle en moeten verantwoording afleggen aan de politiek, bijvoorbeeld door de publicatie van jaarverslagen.

3.3. Strijd met Europese onafhankelijkheidsvereisten

Tijdens de procedure voor de omzetting van bovengenoemde Europese eisen in de nationale wetgeving, was de Nederlandse minister van Economische Zaken van oordeel dat de Europese bepalingen geen wezenlijke wijzigingen voor de Nederlandse situatie met zich brengen.¹ De minister is van mening dat de minister de bevoegdheid behoudt op basis van artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen kaders te stellen betreffende de belangen die de ACM moet meewegen bij de uitvoering van haar taken. Bij de bespreking van de Instellingswet van de ACM bleef de Minister bij deze opvatting. Ook heeft de minister de bevoegdheid behouden om ministeriële regels op te stellen.

Er kunnen echter enkele kritische opmerkingen worden gemaakt ten aanzien van de beleidsregelbevoegdheid en de bevoegdheid tot het opstellen van ministeriële regels door de minister. De Europese energierichtlijnen lijken toe te staan dat de minister algemene beleidsregels opstelt, maar daarbij moeten grenzen in acht worden genomen. De beleidsregels mogen wel betrekking hebben op de randvoorwaarden van het overheidsbeleid in de energiemarkt waarbinnen de toezichthouder moet functioneren.² Maar de tekst van de nieuwe energierichtlijnen kan zo worden gelezen, dat de beleidsregels geen betrekking mogen hebben op de uitvoering van de reguleringstaken door de toezichthouder. Dit betekent dat de toezichthouder –binnen de door de EU en minister gestelde randvoorwaarden- de ruimte moet hebben te kiezen met welke methoden en instrumenten hij de doelstellingen van de Europese energiewetgeving realiseert en hoe hij daarbij verschillende belangen weegt (zie ook Lavrijssen en Ottow 2012 voor een uitgebreide analyse van relevante jurisprudentie van het HvJEU). Een ander heikel punt is dat de Minister van EZ momenteel de bevoegdheid heeft om op grond van de nationale wetgeving ministeriële regels op te stellen

¹ Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet, *Kamerstukken II*, 2010-2011, nr. 32814, nr. 3, p. 5 ev. Door de inwerkingtreding van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen is de bevoegdheid voor de Minister om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de NMa toegekende bevoegdheden niet langer opgenomen in de Mw, maar in de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen.

² Zie ook het advies van de Raad van State op dit punt, *Kamerstukken II*, 32814, nr. 4, p. 7-8.

inzake de technische voorwaarden en tariefstructuren voor het netbeheer. Dergelijke regels hebben betrekking op de reguleringstaken van de ACM en verwijzen bijvoorbeeld naar de wijze van vaststelling van de gestandaardiseerde activawaarde van het landelijk gasnet. Zij hebben, bijvoorbeeld, ook betrekking op: Regeling kwaliteitsaspecten netbeheer, Regeling toegang tot LNG-installaties, Regeling Gaskwaliteit en Regeling meettarieven (zie <https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/ministeriele-regelingen/>). Deze ministeriële bevoegdheden staan op gespannen voet met de Europese onafhankelijkheidseisen. Allereerst komt de onafhankelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de staat als belanghebbende marktpartij in het gedrang. Door de opstelling van gedetailleerde regels inzake de uitvoering van de reguleringsbevoegdheden door de toezichthouder, bestaat een reëel risico dat de Minister deze regels gebruikt om de financiële belangen van de Nederlandse Staat veilig te stellen. Tegelijkertijd staat ook de politieke onafhankelijkheid van de toezichthouder onder druk. De eisen inzake politieke onafhankelijkheid verlangen dat de autoriteit zelf keuzes kan maken bij de uitvoering van de reguleringstaken. Hierbij wordt door het Hof van Justitie van de EU erkend dat de nationale autoriteiten de in de Europese richtlijnen neergelegde belangen mogen wegen. Een strikte scheiding tussen beleid en uitvoering is in deze visie niet mogelijk. Een dergelijke scheiding zou afbreuk doen aan een effectieve taakuitoefening door de nationale autoriteit. De Europese onafhankelijkheidseisen komen nog verder onder druk te staan, indien zaken die nu in de codes zijn geregeld door de minister worden vastgesteld.

Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld, dat het strijdig is met de Europese onafhankelijkheidseisen als de taken en bevoegdheden van de ACM verder worden uitgekleeft en de Minister steeds meer gaat regelen in de ministeriële regels. Het Europees recht draagt de reguleringstaken op aan de onafhankelijke toezichthouder en deze moet voldoende bevoegdheden, capaciteit en kennis hebben om deze taken op een autonome en onpartijdige wijze uit te voeren.

3.4. Afschaffing Rechtsbescherming tegen codes

In het consultatiedocument wordt het voorstel gedaan om tegen de vaststelling en de wijziging van de codes geen rechtsbescherming mogelijk te maken. Het afschaffen van rechtsbescherming tegen reguleringsbesluiten van de ACM is in strijd met artikel 17, lid 7 van Richtlijn 2009/72/EG (en artikel 41, lid 17 van Richtlijn 2009/73/EG). Dit artikel luidt:

17. De lidstaten zorgen ervoor dat er geschikte mechanismen op nationaal niveau bestaan krachtens welke een partij die getroffen wordt door een besluit van de regulerende instantie beroep kan aantekenen bij een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en van regeringen.

Net zoals de Europese onafhankelijkheidsbepalingen, pleegt het Hof van Justitie de rechtsbeschermingsbepalingen ruim te interpreteren. De bepalingen moeten in lijn met het Europese beginsel van de effectieve rechtsbescherming worden geïnterpreteerd (S.A.C.M. Lavrijssen & A.T. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, pp. 73-95). Het beginsel houdt in dat de nationale rechter adequate rechtsmiddelen moet bieden aan partijen wiens Europese rechten worden geschonden. Hij moet zich daarbij ook buigen over de inhoud van de zaak en binnen een redelijke termijn tot een uitspraak komen.

De participatie in administratieve procedures kan niet als compensatie/vervanging dienen voor de rechtsbescherming van de gereguleerde marktpartijen bij de nationale rechter. De voorgestelde inperking komt samen met de voorgestelde inperking van de rechtsbescherming uit de Stroomlijningswet, om representatieve organisaties niet meer als belanghebbend aan te merken bij beschikkingen maar enkel bij besluiten van algemene strekking, waaronder de codes. De combinatie van de beide maatregelen leidt tot de (bijna) volledige uitsluiting van representatieve consumentenorganisaties van rechtsbescherming tegen besluiten van de ACM. Het alternatief zou zijn dat de partijen zich tot de burgerlijke rechter wenden via een onrechtmatige daadactie. Echter, deze procedure kan slechts beperkt rechtsbescherming bieden aan partijen die worden geraakt door besluiten van de ACM. Allereerst toetst de burgerlijke rechter zeer terughoudend of het besluit van de toezichthouder al dan niet onredelijk was. Daarnaast kan een procedure bij de burgerlijke rechter veel langer duren dan een administratiefrechtelijke procedure bij het CBB. Dit komt doordat procedures bij meerdere beroepsinstanties (rechtbank-Hof-HR) moeten worden doorlopen voordat de uitspraak finaal kan worden. Deze procedure duurt te lang voor de energiesector. Marktpartijen hebben behoefte aan een vlot verloop van de rechterlijke procedure (beroep in eerste en enige aanleg bij het CBB), omdat anders te lang onzekerheid blijft bestaan over beslissingen die cruciaal zijn voor hun toekomst en investeringsbeslissingen.

De voorstellen tot inperking van de rechtsbescherming staan daarom op gespannen voet met de rechtsbeschermingseisen uit de Europese energierichtlijnen.