

CONSULTATIE Wetgevingsagenda STROOM

Reactie van de Vereniging FME-CWM te Zoetermeer

Contactpersoon ir. C.L. Droste; directie FME Beleid, afd. milieu en energie

Kenmerk: FMECHD13022014

Einddatum reactie: 14 februari 2014

Aantal bladzijden: 4

De Vereniging FME-CWM (FME) heeft kennis genomen van het consultatiedocument STROOM en geeft onderstaand haar opmerkingen weer op informatie in dit document. Wij verwijzen daarbij naar de hoofdstukken/paragrafen in het desbetreffende document en gaan met name - zoals gevraagd - in op een aantal "grijze tekstblokken". Wij waarderen het door de overheid gekozen traject van consultatie in hoge mate. Graag merken wij het volgende op.

Inrichting netbeheerders

Hoofdstuk 6.3. Voorstel; punten 1, 2 en 3

Uitgangspunt blijft dat netbeheerders alleen wettelijke, gereguleerde taken blijven uitvoeren. Dat is ook het uitgangspunt voor FME. Netwerkbedrijven zouden commerciële activiteiten (tijdelijk) kunnen uitvoeren maar dan is een vereiste dat een **gelijk speelveld geborgd** moeten zijn. Als die borging niet lukt, als netwerkbedrijven, zijnde een aparte entiteit, niet (financieel) volledig en transparant rapporteren, als zij niet coöperatief samenwerken met marktpartijen en als zij niet actief worden beoordeeld op het handelen in deze (ACM), dan zal geen sprake zijn van de bedoelde borging.

Er kan en mag als eerste geen sprake van zijn dat aandeelhouders van een netbeheerder, hun netwerkbedrijf concurrentieverstorend financieren en faciliteren bijv. uit de forse jaarwinsten van de netbeheerder c.q. door fte's uit de netbeheerdersorganisatie in te zetten c.q. door risicoafdekking. De commerciële risico's van netwerkbedrijven mogen ook nooit ten laste komen van netbeheerders c.q. het functioneren daarvan. Onder meer waar het gaat om innovatieve (doorontwikkeling van) producten voor afnemersmarkten is de private markt aan zet (netbeheerders alleen en uitsluitend binnen hun wettelijke taken en netbeheerders/netwerkbedrijven initiërend en ondersteunend aan de markt). Daarvoor en ook voor de grote uitrol van (doorontwikkelde) slimme meters is dus een open samenwerking van marktpartijen met netbeheerders/netwerkbedrijven wel van groot belang. Dat wordt door FME ook expliciet voorgestaan. Zo zullen marktpartijen die werken aan innovatieve productontwikkeling (al of niet onder geheimhouding) moeten kunnen gaan beschikken over exact dezelfde informatie die via energiemeters is of kan worden verkregen; exact die informatie waarover ook netwerkbedrijven (kunnen) beschikken. Dat is nu niet het geval.

Een veel explicietere beschrijving van de rol i.c. de mogelijke taken van netwerkbedrijven dan nu het geval is in het consultatiedocument, is nodig. Om verwarring te voorkomen is voor elk netwerkbedrijf ook een benaming nodig, waarbij verwarring met de naam van de netbeheerder niet aanwezig is (bijv. de namen Alliander, Liander en Liandon werken al verwarrend). Ook bedrijfsuitingen moeten daarin altijd duidelijk zijn.

Hoofdstuk 6.3. Voorstel; punt 4

Waar het gaat om tijdelijk toegestane maatregelen t.b.v. het initiëren van de energietransitie moet tevoren ook duidelijk worden gemaakt wat de **tijdelijke termijn dan maximaal zal zijn** en hoe die periode dan wordt afgerond (bijv. overdracht van taken en verantwoordelijkheden: wat aan wie). Een sterk planmatige aanpak en periodieke verantwoording wordt voorgestaan.

Taken en verplichtingen netbeheerders

Hoofdstuk 7.3; par. 7.3.3 Betrouwbaarheid van de netten

FME steunt de beleidslijn rekening houdend met de maatschappelijke batenanalyse dat de **bestaande**

praktijk voor redundantie van masten, aansluitingen en transformatoren gehandhaafd blijft door weloverwogen uitzonderingen op de enkelvoudige storingsreserve mogelijk te maken. Voor nieuw aan te leggen situaties wordt zonder uitzonderingsbepalingen gewerkt.

Op de genoemde onderdelen (grijs tekst vak) zullen aanscherpingen van de enkelvoudige storingsreserve t.o.v. de huidige praktijk gaan gelden.

Taken en verplichtingen netbeheerders

Hoofdstuk 7.4 Rapportageverplichtingen

FME ondersteunt de lijn van het inperking van **onnodige administratieve lasten**. Aangegeven wordt dat sterker zal worden geleund op het algemene recht van de ACM en de Minister van Economische Zaken om informatie op te vragen (initiatiefrecht; actief als dat opportuun wordt geacht).

Daarbij spreken wij wel een punt van zorg uit: in deze sector brengen energiegebruikers met elkaar vele miljarden aan jaarinkomsten op voor netbeheerders voor adequate en efficiënte uitvoering van taken. Ook de afnemers zijn daarbij **afhankelijk van specifieke activiteiten van de ACM (in de rol van belangenbehartiger)**. Net zoals netbeheerders moeten ook ACM en EZ op voldoende operationele en deskundige sterkte blijven om hun taken uit te oefenen. Aan een doorgaande reeks van 'minder tijdsbesteding' op zo'n complex dossier komt een eind waar het gaat om die rol goed te kunnen vervullen.

In de afgelopen jaren is sterke vooruitgang geboekt m.b.t. **monitoring en transparante(re) verslaglegging** door netbeheerders (en o.i. in duidelijk mindere mate door netwerkbedrijven). Geconsolideerde jaarverslagen geven aan externen nog te weinig transparante (financiële) informatie. Als het gaat om netbeheerders staan wij betere grafieken/overzichten voor met kentallen van investerings- en operationele kosten over jaren heen (stel 10 jaar); tevens geldt dit voor langdurige winstontwikkelingen.

Ook zou dit de storingsinformatie moeten betreffen met een weergave in aantallen en aantal getroffen, naast soort storing en (gemiddelde en maximale) tijdsduren.

Tariefregulering

Hoofdstuk 8.1 Uitgangspunten

Aangegeven wordt dat bijzondere aandacht zal worden gegeven aan het helder opschrijven van de uitgangspunten die bepalend zijn voor de verdeling van kosten via de tarieven.

Naast dit verdelingsvraagstuk vragen wij tevens aandacht voor de jaarlijks weerkerende **enorme winsten** van netbeheerders omdat deze **mede - en sterk - bepalend** zijn **voor de tariefvaststelling**. Zoals bekend kan zijn, gaat het gezamenlijk jaarlijks om vele, vele honderden miljoenen netto winst bij relatief weinig risicodragende activiteiten (uitgangspunt is immers dat kosten van netbeheerders altijd terugverdiend moeten kunnen worden).

Afnemers zien deze winsten veelal als onbegrijpelijk; zij zien ook niet dat deze winsten zelf worden ingezet voor structurele versterking van c.q. massieve innovaties in de netten, voor het betaalbaar houden van de energievoorziening op termijn e.d. Netbeheerders zijn er voor de netwerkdiensten van hun afnemers. Dit vraagstuk zou door de sector dan ook veel sterker (politiek) moeten worden geadresseerd.

Procedures optimaliseren en stroomlijnen

Hoofdstuk 8.2; par. 8.2.2 Lengte reguleringsperiode

FME ziet voor het komend decennium in het geheel geen aanleiding om een reguleringsperiode van 5 tot 8 jaar vast te stellen. Dit geldt helemaal in combinatie met het inperken van de rechtsbescherming (zie hieronder).

Tot nu toe - en ook niet bij de voorbereidingen van het Methodebesluit 2014-2016 – is een langere periode dan 5 jaar werkbaar gebleken (in feite 3 jaar). De nationale en Europese energiemarkt is zo enorm in beweging en dat zal voorlopig zo blijven. Om daarop adequaat te kunnen inspelen behoort de keuzevrijheid te blijven liggen op een **reguleringsperiode van 3 tot 5 jaar**.

Procedures optimaliseren en stroomlijnen

Hoofdstuk 8.2; par. 8.2.3 Tariefstructuur

Afschaffing van de x-factorbesluiten en vervanging door inkomstenbesluiten met rechtsbescherming ziet FME als een kans tot optimalisatie van de aanpak. Elk inkomstenbesluit zou dan een goede **verantwoording i.c. toelichting** op onderdelen moeten bevatten die aan de afnemers - op hoofdlijnen - duidelijk maakt in welke mate en vooral ook waarom tarieven gewijzigd zijn ten opzichte van een voorgaande reguleringsperiode.

Afnemers willen immers begrijpen waarvoor ze betalen. Deze transparantie moet o.i. mede zorg dragen voor draagvlak bij mogelijk verdergaande tariefstijgingen.

Kosten-plus georiënteerde maatwerk tarieven op bepaalde onderdelen kunnen ook als optimalisatie worden gezien. Deze dienen dan door de ACM op transparantie en kosten georiënteerdheid te worden beoordeeld en ook voor belangenorganisatie toegankelijk worden.

Levering en afnemers

Hoofdstuk 9.5 Overige (consumenten)bescherming

FME vindt het een goede zaak dat leveranciers en netbeheerders gehouden gaan worden aan de **switchdatum op het leveringscontract**. Dat geldt zeker voor consumenten, maar zou ook voor andere kleinverbruikers moeten gelden.

Aanvullend zouden leveranciers verplicht moeten worden om hun **variabele tarieven te communiceren** nog voor een contract-opzegtermijn loopt (al of niet op de leveranciers-website). Na afloop van een contract voor bepaalde tijd gaan immers de variabele tarieven automatisch in werking en het moet geen zoektocht zijn naar die variabele tarieven (als die al ergens op een website te vinden zijn.....). Dat actief ter beschikking stellen van die variabele tarieven geldt zeker op het moment dat een leverancier pro-actief een contractverlenging aanbiedt.

Codes en hun status

Hoofdstuk 10.2 e.v. Status van de codes

De rechtsbescherming Gaswet en Elektriciteitswet (en nieuwe Energiewet) is zeer opportuun vanwege grote belangen. De afschaffing van de mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen een door de ACM vastgestelde codewijziging, zoals voorgesteld in het consultatiedocument, en de opmerkingen omtrent de status van de codes in combinatie met de artikelen artikel VIII, M en IX sub K van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (ACM)¹ geven de representatieve organisaties [en netbeheerders] in de energiesector aanleiding tot grote zorgen over het vrijwel volledig vervallen van de mogelijkheid rechtsmiddelen aan te wenden.

Juridisch kader

Thans bestaat er voor belanghebbenden (representatieve organisaties, inclusief de representatieve organisatie van de gezamenlijke netbeheerders) de mogelijkheid tot het instellen van bezwaar en beroep tegen alle besluiten van de ACM zoals codewijzigingen, tariefbesluiten en x-factorbesluiten. Hoewel codes als algemeen verbindende voorschriften worden aangemerkt, is in de Gaswet en de Elektriciteitswet expliciet geregeld dat voor representatieve organisaties, in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), bezwaar en beroep openstaat tegen alle besluiten. Voor representatieve organisaties is de belanghebbendheid expliciet vastgelegd in artikel 82 van de Elektriciteitswet en artikel 61 van de Gaswet. Hiertoe is ten tijde van eerste wijziging van de Elektriciteitswet 1998 na uitvoerige discussie met het parlement uitdrukkelijk besloten².

In het consultatiedocument STROOM stelt EZ in paragraaf 10.4.3, dat tegen vaststelling en wijziging van codes (zijnde algemeen verbindende voorschriften) in de nieuwe wet geen beroep open staat.

¹ Wetsvoorstel 33622

² Zie KST 26303 nr. 225c onder 10 i.c.m nr. 33

Een algemeen verbindend voorschrift kan enkel indirect en exceptief getoetst worden door de bestuursrechter. Dit betekent, dat de bestuursrechter via een besluit waar het algemeen verbindende voorschrift is toegepast (terughoudend) kan toetsen of sprake is van strijd met algemene rechtsbeginstelen of verdragen. Daarnaast kan tegen een dergelijk besluit worden opgekomen bij de burgerlijke rechter uit hoofde van onrechtmatige daad.

Naast het afschaffen van de beroepsprocedure tegen de vaststelling en wijziging van de codes heeft de Minister van Economische Zaken recent ook al voorgesteld om de belanghebbendheid van representatieve organisaties onder de Elektriciteitswet en de Gaswet in te perken tot besluiten, niet zijn de beschikkingen. Na inwerkingtreding van de Instellingswet ACM zal artikel 82 van de Elektriciteitswet 1998³ als volgt luiden:

Een representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij een besluit, niet zijnde een beschikking (besluiten⁴) genomen op grond van deze wet.

De besluiten van ACM op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet over nettarieven, doelmatigheidskortingen en rekenvolumina worden aangemerkt als beschikkingen⁵. Na inwerkingtreding van de Instellingswet ACM staat er voor representatieve organisaties geen rechtsmiddel meer open tegen dergelijke beschikkingen.

Indien de overige besluiten van ACM worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften geldt het volgende. In artikel 3:1 Awb is neergelegd dat afdeling 3.2 van de Awb van toepassing is, indien de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet. Dat zou de vraag kunnen oproepen of de algemene rechtsbeginselen over zorgvuldigheid (3:2), belangenafweging (3:4) en motivering (3:46) van toepassing zijn op de vaststelling van codes door ACM. Aangezien de algemeen verbindende voorschriften rechtstreekse en veelal ingrijpende gevolgen hebben voor veel partijen, moet buiten kijf staan dat deze regels gelden. Dit is overeenkomstig de huidige praktijk, waarin de rechter codes aan deze beginselen toetst en sluit aan bij de eisen, die gelden voor andere algemeen verbindende voorschriften.

Kortom, de bestuursrechtelijke waarborgen omtrent de deugdelijkheid van de besluiten en de plicht tot ... worden ingeperkt.

Het afschaffen van de mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen de codes tezamen met de inperkingen van de belanghebbendheid tot besluiten, niet zijnde beschikkingen, maakt dat er geen rechterlijke toets openstaat op besluiten van ACM, waarmee de rechtsbescherming volledig wordt uitgehold.

Onwenselijk en onrechtmatig

Naast het feit dat het voor partijen in de energiesector zeer onwenselijk is dat de mogelijkheid tot het instellen van beroep komt te vervallen is het in strijd met fundamentele rechtsbeginselen. Het is onwenselijk dat een toezichthouder besluiten kan nemen zonder controle van de wetgevende (democratische) of rechterlijke macht. Bovendien is het afschaffen van rechtsbescherming tegen reguleringsbesluiten van de ACM 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.

³ Zie ook artikel 61 Gaswet

⁴ Huidige formulering

⁵ Zie KST KST 26303, Nr 225f

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 geïnterpreteerd⁶. De participatie in administratieve procedures kan niet als compensatie dienen voor de rechtsbescherming van de gereguleerde marktpartijen. Daarnaast wordt niet voldaan aan de eis van effectieve rechtsbescherming. Omdat de rechtsbescherming via de bestuursrechter wordt beperkt staat namelijk automatisch een rechtsgang bij de burgerlijke rechter open. Die procedure kent een gemiddelde doorlooptijd van 6 jaar waardoor ook de-facto niet wordt voldaan aan de eis van effectieve bescherming. De voorstellen staan daarom op gespannen voet met de rechtsbeschermingseisen uit de Europese energierichtlijnen.

Onjuiste argumentatie

De aanleiding voor het inperken van de rechtsmiddelen tegen besluiten van de ACM lijkt ingegeven door een aantal onjuiste veronderstellingen. Zo gaat de minister ervan uit dat de voorgestelde afschaffing van de beroepsprocedure zal leiden tot een lagere belasting van de rechterlijke macht, zal leiden tot lagere uitvoeringslasten bij de ACM en zal leiden tot minder onzekerheid voor netbeheerders en marktpartijen. Die veronderstellingen zijn totaal onjuist. Zoals gezegd staat door de beperking van de rechtsgang via de bestuursrechter automatisch een rechtsgang open bij de burgerlijke rechter. Dat betekent dat in veel gevallen procedures slechts onherroepelijk worden na een procesgang bij drie instanties. Naast het feit dat dit zal leiden tot veel en zeer lange procedures zullen ook de administratieve lasten en de kosten voor zowel de ACM als betrokkenen torenhoog oplopen temeer daar een (cassatie) advocaat verplicht is. Bovendien zal in de tussenliggende periode de onzekerheid in plaats van minder juist meer zijn dan wanneer beroep ingesteld kan worden bij de bestuursrechter.

Conclusie

De voorgestelde afschaffing van beroep in combinatie met de inperking van de belanghebbendheid bij besluiten leidt tot grote zorgen bij de representatieve organisatie, de individuele marktpartijen en de netbeheerders. Gezien het aantal procedures, dat de afgelopen jaren is gevoerd en gewonnen is dit een situatie, die niet in het belang is van de markt, de afnemers en de transitie naar duurzaam. De volledige uitholling van de rechtsbescherming wordt bovendien gerechtvaardigd met onjuiste argumenten en is in strijd met fundamentele rechtsbeginselen.

Verzoek

Op grond van het vorenstaande verzoekt FME als representatieve organisatie in de energiesector om expliciete handhaving in de energiewetgeving van de mogelijkheid tot het indienen van beroep tegen besluiten van ACM in het kader van de energiewetgeving.

Tot zover.

⁶ (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).