



**VEMW**  
Hét kenniscentrum en dé  
belangenbehartiger voor zakelijke  
energie- en watergebruikers.



Gasopslag Nederland



Ministerie van Economische Zaken  
T.a.v. Directie Energie en Markt  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Woerden : 14 februari 2014

onze ref. : E14b03  
doorkiesnr. : 0348-484356  
e-mail : hg@vemw.nl

onderwerp : Gezamenlijke reactie energiesector op het onderdeel rechtsbescherming in de  
consultatie STROOM

Geachte heer/mevrouw,

VEMW, PAWEX, Duurzame Energiekoepel, Energie-Nederland, Consumentenbond, FME-CWM, VGN, NOGEP, VGGP, VA, COGEN, LTO Glaskracht Nederland, VOEG en VMNED (hierna: 'de partijen') hebben kennis genomen van het consultatiedocument STROOM dat op 20 januari 2014 is gepubliceerd. Partijen worden via de website [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl) in de gelegenheid gesteld om te reageren op de voorstellen over de algehele herziening en samenvoeging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998. De partijen willen ten aanzien van één specifiek onderwerp graag gezamenlijk reageren. Reden hiervoor is dat ze zich ernstige zorgen maken over de marginalisering en volledige uitholling van de rechtsbescherming, die in het consultatiedocument wordt gerechtvaardigd met onjuiste argumenten en bovendien in strijd is met fundamentele rechtsbeginselen.

---

Hét kenniscentrum en dé belangenbehartiger voor zakelijke energie- en watergebruikers

Houttuinlaan 12  
3447 GM WOERDEN

Telefoon 0348 48 43 50  
Telefax 0348 48 43 69  
E-mail desk@vemw.nl  
Internet www.vemw.nl

ABN-AMRO Bank 55 14 08 340  
KvK Utrecht 30 14 70 22

## Aanleiding

De afschaffing van de mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen een door de toezichthouder 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)<sup>1</sup> 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 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 1998 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 besloten<sup>2</sup>.

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.

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 rechtsbeginselen of verdragen. Daarnaast kan tegen een dergelijk besluit worden opgekomen bij de burgerlijke rechter uit hoofde van onrechtmatige daad.

Naast het afschaffen van de beroepsmogelijkheid 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 1998 en de Gaswet in te perken tot besluiten, niet zijnde beschikkingen. Na inwerkingtreding van de Instellingswet ACM zal artikel 82 van de Elektriciteitswet 1998<sup>3</sup> als volgt luiden:

*Een representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij een besluit, niet zijnde een beschikking (besluiten<sup>4</sup>) 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 beschikkingen<sup>5</sup>. Na inwerkingtreding van de Instellingswet ACM staat er voor representatieve organisaties geen rechtsmiddel meer open tegen dergelijke beschikkingen.

---

<sup>1</sup> Wetsvoorstel 33622

<sup>2</sup> Zie KST 26303 nr. 225c onder 10 i.c.m nr. 33

<sup>3</sup> Zie ook artikel 61 Gaswet

<sup>4</sup> Huidige formulering

<sup>5</sup> Zie KST 26303, Nr 225f

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 de ACM. Aangezien de algemeen verbindende voorschriften rechtstreekse en veelal ingrijpende gevolgen hebben voor veel partijen, moet buiten kijf staan dat deze bestuursrechtelijke regels worden toegepast.

Dit is overeenkomstig de huidige praktijk, waarin de rechter voorwaarden (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 worden ingeperkt.

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

### **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 rechterlijke macht. Bovendien is het afschaffen van rechtsbescherming tegen reguleringsbesluiten van de ACM in strijd met artikel 17, lid 17 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 effectieve rechtsbescherming worden geïnterpreteerd<sup>6</sup>. 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 via 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.

---

<sup>6</sup> (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).

## **Onjuiste argumentatie**

De aanleiding voor het inperken van de rechtsmiddelen tegen besluiten van de ACM lijkt ingegeven door een aantal onjuiste vooronderstellingen. 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 organisaties, 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 verzoeken de representatieve organisaties 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.

Wij vertrouwen erop u met deze brief voldoende te hebben geïnformeerd en gaan ervan uit dat u deze nadrukkelijk onderdeel laat zijn van uw besluitvorming. Vanzelfsprekend zijn wij desgewenst beschikbaar voor het verschaffen van een nadere (mondelijke) toelichting.

Hoogachtend,

André Jurjus  
Directeur Energie-Nederland

Jo Peters  
Secretaris-Generaal NOGEPA

Hans Grünfeld  
Algemeen directeur VEMW

Dick Hylkema  
Directeur LTO Glaskracht Nederland

Monique van Eijkelenburg  
Directeur Duurzame Energie Koepel

Geert Huizinga  
Manager industriebeleid FME-CWM

Marnix Scholten  
Voorzitter PAWEX

Michael Sanders  
Voorzitter VGGP

K. den Blanken  
Directeur COGEN

Michiel Karkens  
Manager Public Affairs Consumentenbond

Harald Swinkels  
Voorzitter VOEG

Dick Hoogedoorn  
Directeur Vereniging afvalbedrijven

Jan Willem van Hoogstraten  
voorzitter VGN

Herman Jonkman  
Voorzitter VMNED