

Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet

Juridische analyse

mr. M. Dijkstra
mr. M.D. Hes
mr. V.C.A. Lindijer
mr. E.C. Pietermaat
28 juli 2006

Inhoud

1	Inleiding en verantwoording	7
1.1	<i>Evaluatiekader</i>	7
1.2	<i>Doel en afgrenzing van het juridische deelonderzoek</i>	8
1.3	<i>Onderzoeksaanpak en onderzoeksbependingen</i>	10
1.4	<i>Opbouw en leeswijzer</i>	13
2	Wettelijk kader	15
2.1	<i>Inleiding</i>	15
2.2	<i>Elektriciteit</i>	15
2.2.1	Elektriciteitswet 1989	15
2.2.2	Doelstellingen Elektriciteitswet 1998	16
2.2.3	Ontwikkeling Elektriciteitswet 1998	18
2.3	<i>Gas</i>	26
2.3.1	Situatie vóór 2000	26
2.3.2	Doelstellingen Gaswet	27
2.3.3	Ontwikkeling Gaswet	29
2.4	<i>Bevindingen marktpartijen</i>	34
2.4.1	Elektriciteit	34
2.4.2	Gas	36
2.5	<i>Literatuur en jurisprudentie</i>	37
2.5.1	Intensiteit van regelgeving	38
2.5.2	Wetgevingshiërarchie	39
2.5.3	Het belang van open normen	40
2.5.4	Open normen en legitimiteit	41
2.5.5	Open normen en rechtszekerheid	42
2.6	<i>Beschouwing</i>	43
2.6.1	Doelstellingen	43
2.6.2	Taken	44
2.6.3	Open normen	44
2.6.4	Administratieve lasten	46
3	Consumentenmarkt	47
3.1	<i>Beleidsdoelstellingen en wetgeving algemeen</i>	47
3.1.1	Beschrijving	47
3.1.2	Bevindingen marktpartijen	49
3.1.3	Beschouwing	50
3.2	<i>Monitoringsactiviteiten</i>	51
3.2.1	Beschrijving	51
3.2.2	Bevindingen marktpartijen	52
3.2.3	Beschouwing	52
3.3	<i>Voorlichtingsactiviteiten</i>	52

3.3.1	Beschrijving	52
3.3.2	Bevindingen marktpartijen	52
3.3.3	Beschouwing	53
3.4	<i>Wet openbaarheid van bestuur</i>	54
3.4.1	Beschrijving	54
3.4.2	Bevindingen marktpartijen	55
3.4.3	Beschouwing	55
3.5	<i>Switchen</i>	56
3.5.1	Beschrijving	56
3.5.2	Bevindingen marktpartijen	56
3.5.3	Beschouwing	57
3.6	<i>Stroometikettering</i>	57
3.6.1	Beschrijving	57
3.6.2	Bevindingen marktpartijen	58
3.6.3	Beschouwing	58
3.7	<i>Tareftoezicht</i>	59
3.7.1	Beschrijving	59
3.7.2	Bevindingen marktpartijen	59
3.7.3	Beschouwing	59
3.8	<i>Administratieve processen (dienstverlening)</i>	60
3.8.1	Beschrijving	60
3.8.2	Bevindingen marktpartijen	60
3.8.3	Beschouwing	61
3.9	<i>Vergunningen</i>	61
3.9.1	Beschrijving	61
3.9.2	Bevindingen marktpartijen	61
3.9.3	Beschouwing	62
3.10	<i>Opzegvergoedingen</i>	63
3.10.1	Beschrijving	63
3.10.2	Bevindingen marktpartijen	63
3.10.3	Beschouwing	63
3.11	<i>Wervingsmethoden</i>	63
3.11.1	Beschrijving	63
3.11.2	Bevindingen marktpartijen	64
3.11.3	Beschouwing	64
3.12	<i>Incasso- en afsluitbeleid</i>	64
3.12.1	Beschrijving	64
3.12.2	Bevindingen marktpartijen	65
3.12.3	Beschouwing	65
3.13	<i>Onderzoek klachtafhandeling</i>	65
3.13.1	Beschrijving	65
3.13.2	Bevindingen marktpartijen	66
3.13.3	Beschouwing	66

4	Netbeheer	67
4.1	<i>Beleidsdoelstellingen en wetgeving algemeen</i>	67
4.1.1	Beschrijving	67
4.1.2	Bevindingen marktpartijen	68
4.1.3	Literatuur	69
4.1.4	Beschouwing	73
4.2	<i>Goed functionerende elektriciteits- en gasmarkt</i>	74
4.3	<i>Tariefregulering</i>	74
4.3.1	Beschrijving	74
4.3.2	Bevindingen marktpartijen	76
4.3.3	Jurisprudentie	78
4.3.4	Beschouwing	79
4.4	<i>Aanmerkelijke investeringen</i>	81
4.4.1	Beschrijving	81
4.4.2	Bevindingen marktpartijen	81
4.4.3	Beschouwing	81
4.5	<i>Aanwijzingen en ontheffingen netbeheer</i>	82
4.5.1	Beschrijving	82
4.5.2	Bevindingen marktpartijen	82
4.5.3	Beschouwing	83
4.6	<i>Betrouwbare, duurzame en doelmatige energievoorziening</i>	84
4.6.1	Beschrijving	84
4.6.2	Bevindingen marktpartijen	84
4.6.3	Beschouwing	84
4.7	<i>Technische codes</i>	85
4.7.1	Beschrijving	85
4.7.2	Bevindingen marktpartijen	85
4.7.3	Jurisprudentie	86
4.7.4	Beschouwing	88
4.8	<i>Afschakelplannen</i>	89
4.8.1	Beschrijving	89
4.8.2	Bevindingen marktpartijen	89
4.8.3	Beschouwing	89
4.9	<i>Transparantiebesluiten</i>	89
4.9.1	Beschrijving	89
4.9.2	Bevindingen marktpartijen	90
4.9.3	Beschouwing	91
4.10	<i>Aansluitingen (gas)</i>	91
4.10.1	Beschrijving	91
4.10.2	Bevindingen marktpartijen	92
4.10.3	Beschouwing	92

5	Groothandel	93
5.1	<i>Beleidsdoelstellingen en wettelijke bepalingen</i>	93
5.1.1	Beschrijving	93
5.1.2	Bevindingen marktpartijen	94
5.1.3	Beschouwing	94
5.2	<i>Europese integratie van energiemarkten: internationale samenwerking</i>	94
5.2.1	Beschrijving	95
5.2.2	Bevindingen marktpartijen	95
5.2.3	Beschouwing	95
5.3	<i>Europese integratie van energiemarkten: interconnectiecapaciteit</i>	96
5.3.1	Beschrijving	96
5.3.2	Bevindingen marktpartijen	97
5.3.3	Beschouwing	97
5.4	<i>Europese integratie van energiemarkten: inbiedplicht</i>	98
5.4.1	Beschrijving	98
5.4.2	Bevindingen marktpartijen	98
5.4.3	Beschouwing	99
5.5	<i>Europese integratie van energiemarkten: dominante posities</i>	99
5.5.1	Beschrijving	99
5.5.2	Bevindingen marktpartijen	99
5.5.3	Beschouwing	99
5.6	<i>Goed functionerende elektriciteits- en gasmarkt</i>	100
5.6.1	Beschrijving	100
5.6.2	Bevindingen marktpartijen	101
5.6.3	Beschouwing	102
5.7	<i>Flexibiliteitsdiensten gas</i>	104
5.7.1	Beschrijving	104
5.7.2	Bevindingen marktpartijen	105
5.7.3	Beschouwing	106
6	Juridisch instrumentarium	107
6.1	<i>Toedeling van bevoegdheden</i>	107
6.1.1	Inleiding	107
6.1.2	Bevindingen marktpartijen	107
6.1.3	Beschouwing	107
6.2	<i>Geschilbeslechting</i>	109
6.2.1	Beschrijving	109
6.2.2	Bevindingen marktpartijen	110
6.2.3	Beschouwing	111
6.3	<i>Rechtstreeks beroep</i>	111
6.3.1	Beschrijving	111
6.3.2	Bevindingen marktpartijen	112
6.3.3	Beschouwing	113

6.4	<i>Belanghebbenden en representatieve organisaties</i>	113
6.4.1	Belanghebbenden	113
6.4.2	Representatieve organisaties	115
6.5	<i>Handhaving</i>	116
6.5.1	Bevindingen marktpartijen	117
6.5.2	Literatuur en jurisprudentie	118
6.5.3	Beschouwing	119
6.6	<i>Bindende aanwijzing</i>	121
6.6.1	Beschrijving	121
6.6.2	Bevindingen marktpartijen	122
6.6.3	Beschouwing	122
6.7	<i>Last onder dwangsom</i>	122
6.7.1	Beschrijving	122
6.7.2	Bevindingen marktpartijen	123
6.7.3	Beschouwing	124
6.8	<i>Boete</i>	124
6.8.1	Beschrijving	124
6.8.2	Bevindingen marktpartijen	125
6.8.3	Beschouwing	125
6.9	<i>Effectiviteit handhavingsinstrumenten</i>	126
6.9.1	Waarnemingen van DTe	126
6.9.2	Bevindingen marktpartijen	126
6.9.3	Beschouwing	128
7	Slotopmerkingen en aanbevelingen	131
7.1	<i>Inleiding</i>	131
7.2	<i>Wetgeving</i>	131
7.3	<i>Consumentenmarkt</i>	131
7.4	<i>Netbeheer</i>	132
7.5	<i>Groothandelsmarkt</i>	132
7.6	<i>Juridisch instrumentarium</i>	133

Bijlagen

Bijlage 1: Overzicht consultaties

Bijlage 2: Overzicht secundaire energieregelgeving

**Bijlage 3: Overzicht geattribueerde en gemandateerde bevoegdheden
inzake de uitvoering van en het toezicht op de energiewetten**

**Bijlage 4: Overzicht van de aanbevelingen die niet in hoofdstuk 7 zijn
opgenomen**

1 Inleiding en verantwoording

1.1 Evaluatiekader

Uit hoofde van de artikelen 80 Elektriciteitswet 1998 en 66 Gaswet dient de minister van Economische Zaken aan de Staten-Generaal een evaluatieverslag toe te zenden over de doeltreffendheid van deze beide wetten. Het derde lid van zowel artikel 80 Elektriciteitswet 1998 als artikel 66 Gaswet bepaalt dat deze evaluatie dient te worden uitgevoerd door de (Raad van Bestuur van de) Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa). De NMa heeft deze evaluatie toevertrouwd aan de Directie Toezicht energie (hierna: DTe).¹

De evaluatie dient uit hoofde van de aangehaalde bepalingen betrekking te hebben op de doeltreffendheid en de effecten van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, en dient voorts in elk geval betrekking te hebben op de doeltreffendheid en de effecten met betrekking tot:

- de voorzienings- en leveringszekerheid van elektriciteit en gas;
- de marktordening en de marktwerking;
- de toezicht en de naleving.

In artikel 2 van de Regeling evaluatie Gaswet en Elektriciteitswet 1998 (Stcrt. 2006, 45) is bepaald, dat het verslag in ieder geval een weergave moet bevatten van:

- de mate waarin de doelen van de wetten daadwerkelijk zijn gerealiseerd;
- de mate waarin de wetten hebben bijgedragen aan het realiseren van de doelen;
- de baten en lasten van de wet, waarbij in ieder geval aandacht wordt besteed aan de administratieve lasten en nalevingskosten;
- de effecten van de wetten die niet samenhangen met de doelen van die wetten.

In artikel 3 van de Regeling evaluatie Gaswet en Elektriciteitswet 1998 is verder bepaald, dat het verslag aandacht dient te besteden aan:

- de bijdrage van energiewetten aan de geleidelijke totstandkoming van Europese markt voor elektriciteit en gas;
- de werking van de groothandelsmarkten;

¹ Veel van de bestuursbevoegdheden die de energiewetten toevertrouwen aan de NMa zijn door de NMa ofwel gemandateerd aan de DTe of is DTe de directie waarin de besluitvorming door de NMa wordt voorbereid. In overeenstemming met het onder de oorspronkelijke regelgeving tot ontwikkeling gekomen en ook thans nog gangbare spraakgebruik wordt hierna veelal gesproken over de DTe als het met uitvoering en handhaving van de energiewetten belaste bestuursorgaan.

- de werking van de kleinverbruikersmarkten, met inbegrip van de consumentenbeschermingsbepalingen;
- de effecten van bepalingen inzake consumentenbescherming op de marktwerking;
- de betrouwbaarheid en de veiligheid van het transport van elektriciteit en gas;
- de bijdrage van het tariefreguleringsstelsel aan de realisatie van de doelstellingen van de wetten;
- het stelsel van balanshandhaving en balansherstel.

Door DTe is op 2 mei 2006 een evaluatiekader Elektriciteitswet en Gaswet vastgesteld. In dat kader heeft DTe aangegeven hoe hij de evaluatie ter hand wil nemen. Door middel van dat Evaluatiekader heeft DTe vooraf ook aan stakeholders duidelijk willen maken op welke wijze de evaluatie wordt uitgevoerd, en welke onderdelen van de wetten geëvalueerd gaan worden. Het evaluatiekader is in concept aan de markt voorgelegd, en het is voorafgaand aan de definitieve vaststelling ter goedkeuring voorgelegd aan de minister van Economische Zaken.

DTe heeft ter uitvoering van de wettelijke evaluatietask vier deelonderzoeken onderscheiden, te weten:

- deelonderzoek 1: de economische analyse;
- deelonderzoek 2: kwantificering baten en lasten;
- deelonderzoek 3: juridische analyse;
- deelonderzoek 4: de analyse van de technische aspecten.

Dit rapport betreft deelonderzoek 3: de juridische analyse. Het is door Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn uitgevoerd in opdracht van en in samenwerking met DTe. Bij de uitvoering van het onderzoek is verder samengewerkt met Berenschot.

1.2 Doel en afgrenzing van het juridische deelonderzoek

Deze juridische analyse wil zoveel mogelijk inzicht bieden in de effectiviteit van de energiewetgeving, beoordeeld in het licht van de wettelijke doelstellingen. Binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen niet alleen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zelf, maar ook de daarop gebaseerde lagere regelgeving, alsmede de uitvoeringsbesluiten daarvan, zoals systeem-, net- en meetcode. In het Evaluatiekader is in verband hiermee overigens aangegeven dat de evaluatie dient plaats te vinden tegen de achtergrond van de wettelijke doelstellingen, en dat niet de evaluatie van afzonderlijke (wets)artikelen voorop staat, maar de bepalingen in hun onderlinge samenhang.

Naast de wettelijke evaluatie voorgeschreven in de artikelen 80 Elektriciteitswet 1998 en 66 Gaswet vinden nog een aantal andere onderzoeken plaats met betrekking tot de energiemarkt. Het betreft een evaluatie van het functioneren van het toezicht zoals dat door DTe wordt uitgeoefend, een onderzoek naar de administratieve lasten van de

energiewetgeving, en een evaluatie van het in de rijksbegroting 2005 geformuleerde beleidsdoel van optimale ordening en werking van de energiemarkten. Voorts is overleg gaande tussen het ministerie van Economische Zaken en DTe inzake eventuele wetstechnische aanpassingen. Met deze onderzoeken gaan evenzovele afgrenzingen van het juridische deelonderzoek van dit rapport gepaard.

Dit betekent met name, dat hierna uitsluitend wordt stilgestaan bij de energieregelgeving, en niet bij de vraag of daarop adequaat toezicht wordt uitgeoefend en of daaraan adequaat uitvoering wordt gegeven. Daar waar bijvoorbeeld door marktdeelnemers naar voren wordt gebracht, dat DTe de transporttarieven van netbeheerders onvoldoende neerwaarts zou reguleren zonder dat daarvoor een wettelijke beperking kan worden aangewezen, wordt daarop in dit rapport niet verder ingegaan.

De minister van Economische Zaken heeft verder laten weten dat een aantal onderwerpen geen onderdeel van de evaluatie en dus geen onderdeel van dit juridische deelonderzoek dient te zijn, te weten:

- de bevordering van duurzame elektriciteit, dit omdat dit onderwerp recentelijk voorwerp is geweest van evaluatie, en het beleid in ontwikkeling is;
- het kleine veldenbeleid, dit omdat dit onderwerp nog slechts gedeeltelijk in de Gaswet is geregeld, en lagere regelgeving in ontwikkeling is;
- het vangnet leverings- en voorzieningzekerheid elektriciteit, dit omdat dit onderwerp ter hand wordt genomen bij de implementatie van de Richtlijn voorzieningzekerheid;
- de beoogde regeling van (economische) eigendom van netwerken en (af)splitsing van netbeheerders, aangezien het daartoe strekkende wetsvoorstel nog in behandeling is;
- ten slotte de non-discriminatoire toegang tot de netten, aangezien met het wetsvoorstel inzake splitsing non-discriminatoire toegang voor producenten, handelaren, leveranciers en afnemers verzekerd wordt, en het onderwerp van non-discriminatoire toegang in elk geval voorshands niet meer voor evaluatie aan de orde is.

Buiten de scope van het onderzoek zijn verder gelaten de bepalingen omtrent de financiële verhoudingen tussen netbeheerder en diens houdstermaatschappij (bijvoorbeeld de artikelen 18 en 93b Elektriciteitswet 1998). De bepalingen zijn recent in werking getreden, het handhavingsbeleid dienaangaande is eerst onlangs vastgesteld en van bestuurlijke toepassing daarvan is nog geen sprake, zodat voor evaluatie in het algemeen en het signaleren van eventuele knelpunten in het bijzonder nog vrijwel geen houvast is en het rapporteren over de desbetreffende bepalingen integendeel onderdeel zou kunnen worden van discussies in en buiten rechte over de toepassing van die bepalingen.

1.3 Onderzoeksaanpak en onderzoeksbependingen

In het Evaluatiekader is aangegeven, dat het evaluatieonderzoek niet een normatief maar zoveel mogelijk een feitelijk karakter dient te hebben. Het is meer in het bijzonder niet de bedoeling, dat dit juridische deelonderzoek zich richt op concrete beleidsvoorstellen ter aanpassing van de Elektriciteitswet 1998 en/of de Gaswet, of op voorstellen gericht op de uitvoering daarvan. In dit rapport worden dergelijke voorstellen dan ook niet gedaan.

Het leeuwendeel van deze rapportage is van beschrijvende aard, met name waar het de ontwikkeling van het wettelijk kader en de bestuurspraktijk van DTe betreft. Voorzover de respons van marktpartijen, de eigen bevindingen van DTe dan wel de juridische literatuur en de rechtspraak daartoe aanleiding gaven, is daaraan vervolgens een beschrijving van potentiële knelpunten in de huidige regelgeving toegevoegd. Daarbij zijn zo nu en dan beschrijvingen in termen van oplossingsrichtingen gekozen, als gezegd niet om uitgekristalliseerde en doordachte beleidsvoorstellen aan te reiken, maar slechts als hulpmiddel om de beschreven problematiek te verduidelijken.

Bij het opstellen van de rapportage is uit vier bronnen geput:

1. In de eerste plaats heeft DTe een schets gegeven van de bestuurspraktijk tussen 2000 en einde 2005.
2. In de tweede plaats is gebruik gemaakt van de resultaten van de door Berenschot ontwikkelde en uitgevoerde enquête onder stakeholders op de energiemarkten.
3. Verder zijn interviews gehouden met stakeholders in de energiesector, veelal door tussenkomst van hun belangenorganisaties, in enkele gevallen ook met op de markt werkzame ondernemingen zelf. Er is met de volgende organisaties en ondernemingen gesproken:
 - de Consumentenbond;
 - de Vrijhandelsorganisatie Energie en Gas VOEG (sprekend vanuit het perspectief van nieuw toetredende leveranciers);
 - Oxxio (sprekend vanuit het perspectief van de nieuw toetredende leverancier);
 - EnergieNed (een delegatie vanuit netbeheerdersperspectief);
 - EnergieNed (een delegatie vanuit leveranciersperspectief);
 - de Vereniging van Energie Milieu en Water (de organisatie waarin grootverbruikers verenigd zijn);
 - MKB Nederland (met name kleinzakelijke markt);
 - VNO-NCW (eveneens met name in verband met de kleinzakelijke markt);
 - APX.
4. Literatuuronderzoek inzake de energiewetgeving.

Voorafgaand aan en bij de uitvoering van het onderzoek zoals hiervoor geschetst kwamen enkele onderzoeksbeperkingen naar voren die moeten worden vermeld.

In de eerste plaats is door rapporteurs voorafgaand aan dit onderzoek aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat sommige onderzoeksvragen zoals geformuleerd in het Evaluatiekader gediend zouden zijn met een (rechts)economisch danwel een rechtssociologisch onderzoek, welke disciplines Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn niet in huis heeft. Dan gaat het bijvoorbeeld om de vraag naar spontane naleving van het in de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet geregelde. Over dergelijke vragen valt overigens vanuit de advocatuurlijke deskundigheid en ervaring wel iets te zeggen, en dat zal hierna ook gebeuren, maar getoetst naar (rechts)economische en rechtssociologische maatstaven kunnen die beweringen geen aanspraak op wetenschappelijkheid maken.

In het raam van de evaluatie is in de tweede plaats van belang, dat de energiewetgeving de afgelopen jaren geen rustig bezit is geweest, zoals hierna ook nog zal worden geschetst. De in de artikelen 80 Elektriciteitswet 1998 en 66 Gaswet vastgelegde evaluatiehorizon lag al niet heel ver weg, en daar komt bij dat de energiewetgeving de afgelopen jaren met regelmaat wijzigingen heeft ondergaan, waardoor deze evaluatie in zekere zin neerkomt op het schieten op een bewegend doel. Dat brengt beperkingen mee voor de evaluatie.

In de derde plaats is de markt de afgelopen jaren veelvuldig ondervraagd, onder meer over onderwerpen die verwant zijn aan deze evaluatie. Aan marktpartijen werden op basis van de wettelijke informatieplichten gegevens gevraagd, aan marktpartijen werd de gelegenheid geboden hun zienswijze in te dienen op documenten als de ontwerp-gasrichtlijnen, en marktpartijen werden met het oog op verdere beleidsontwikkeling ook buiten deze kaders bevraagd. Rapporteurs konden zich niet aan de indruk onttrekken dat zich bij marktpartijen een zekere informatiemoeheid heeft ontwikkeld, getuige bijvoorbeeld de omstandigheid dat nieuwe toetreders slechts beperkt reageerden op de enquête en getuige het feit dat de meeste geïnterviewde partijen zich bij hun commentaar concentreerden op structurele onderwerpen, zonder zich met behulp van bijvoorbeeld de van hen verzochte maar niet ingediende position papers te richten op de details van de regelgeving. Rapporteurs kregen verder de indruk, dat respondenten slechts beperkte effecten verwachten van een evaluatie als mechanisme van wetsaanpassing, getuige het feit dat marktpartijen zich bijvoorbeeld bij gelegenheid van discussies over vaststelling van gasrichtlijnen als bedoeld in het

eerdere artikel 13 Gaswet veel uitvoeriger en gedetailleerder uitlieten over de voorgenomen richtlijnen dan zij thans doen. Datzelfde gold voor bijvoorbeeld de input tijdens de consultatie voorafgaand aan het DTe- rapport "Prioriteiten Marktwerking Groothandelsmarkt Gas" van januari 2006². In verband daarmee hebben rapporteurs de bijdragen van marktpartijen in het raam van (in **bijlage 1** genoemde) eerdere consultaties geraadpleegd om te trachten uit die bijdragen nader voor evaluatie geschikt materiaal te putten. Het – beperkte – resultaat van die exercitie is in dit rapport verwerkt.

In de vierde plaats en hiermee verband houdend moet worden opgemerkt, dat de respons op de door Berenschot uitgevoerde enquête slechts voorzichtige conclusies toelaat. Aan 83 geënquêteerden werd een vragenlijst verzonden, en van 29 geënquêteerden werd een ingevulde vragenlijst terug ontvangen. Of het perspectief van de consument daarin is verwoord is niet zeker. De Consumentenbond is weliswaar gevraagd deel te nemen, maar in verband met de anonimiteit van het onderzoek is niet na te gaan of de Consumentenbond ook daadwerkelijk meedeed. Opgemerkt zij echter, dat de Consumentenbond hoe dan ook slechts een beperkt stempel op de enquêteresultaten kon drukken. Zoals elke deelnemer had zij slechts één "stem".

Wat wel duidelijk is, is dat 80% van deze respondenten reeds acht jaar of langer werkzaam is op energiemarkten. Dat betekent, dat nieuwe toetreders in de beantwoording heel beperkt vertegenwoordigd zijn. In termen van statistici betekent dit, dat de uitkomsten van de enquête niet vanzelfsprekend representatief voor de sector zijn. Rapporteurs menen om twee redenen, dat deze formulering nog te weinig terughoudend is. In de eerste plaats is er de beperkte rol van de consument in de enquêteresultaten. In de tweede plaats heeft de energieregelgeving mede tot doel de marktwerking te bevorderen. De belangentegenstellingen tussen nieuwe toetreders en gevestigde ondernemingen kunnen markant zijn, en ook daarom kan niet volstaan worden met het caveat, dat de uitkomsten van de enquête "niet vanzelfsprekend representatief voor de sector zijn", maar moet er volgens rapporteurs zeer behoedzaam met de enquêteresultaten worden omgegaan. Ditzelfde geldt uiteraard de door respondenten gegeven toelichtingen op hun antwoorden op enquêtevragen en ook de bevindingen die tijdens interviews met stakeholders werden opgetekend: deze toelichtingen van respondenten en bevindingen van geïnterviewden hebben in de regel een individueel karakter en rapporteurs hebben daaraan in beginsel alleen conclusies verbonden wanneer deze toelichtingen en bevindingen overtuigend door ander materiaal werden ondersteund.

² Rapport en consultatiedocumenten zijn te vinden op de website van DTe.

Een vijfde beperking die moet worden genoemd is de omstandigheid dat bij een juridisch onderzoek naar gereguleerde markten normatieve en feitelijke standpunten moeilijk te scheiden zijn. Waar juridische standpunten in de regel al normatief gekleurd zijn, geldt voor gereguleerde markten in het bijzonder dat met juridische standpunten aanmerkelijke belangen corresponderen, en van respondenten bij een onderzoek als het onderhavige kan niet worden verlangd dat zij die belangen veronachtzamen. Deze beperking betreft niet alleen onderzoeksonderdelen als de enquête en de interviews, maar ook de wetenschappelijke literatuur, waarin juridische auteurs aan het woord zijn die naast hun auteurswerkzaamheden veelal werkzaam zijn voor marktpartijen. Uiteraard kan een dergelijke combinatie heel wel het perspectief van een wetenschappelijke verhandeling beïnvloeden.

In verband met het laatste verdient tenslotte aantekening, dat de rapporteurs allen verbonden zijn aan het advocatenkantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn - aan welk kantoor ook de landsadvocaat is verbonden - en dat een belangrijk deel van hun praktijk bestaat uit juridische werkzaamheden voor de Staat der Nederlanden en voor aan de Staat verbonden bestuursorganen. Ook voor de rapporteurs geldt met andere woorden, dat een zekere perspectivische vertekening hen niet vreemd is.

1.4 *Opbouw en leeswijzer*

Hierna worden in hoofdstuk 2 het wettelijk kader en de ontwikkelingen daarin beschreven. Daarna wordt in de hoofdstukken 3, 4 en 5 achtereenvolgens stilgestaan bij de consumentenmarkt, het netbeheer en de groothandelsmarkt. Hoofdstuk 6 is bestemd voor bespreking van het wettelijk instrumentarium. In hoofdstuk 7 wordt de rapportage besloten met enkele algemene observaties en aanbevelingen.

De opbouw van de hoofdstukken 3, 4 en 5 is aldus, dat wordt begonnen met een beschrijving van de verschillende onderdelen van de bestuurspraktijk van DTe op basis van de energiewetten, gevolgd door een weergave van de bevindingen van marktpartijen inzake deze onderdelen van de bestuurspraktijk zoals deze naar voren kwamen uit de enquête en uit de interviews. Na de beschrijving van de bestuurspraktijk en de marktbevindingen en, eventueel, relevante jurisprudentie en literatuur, wordt elk van die onderdelen afgesloten met een beschouwing. Daarin worden zo mogelijk conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan met betrekking tot het desbetreffende onderdeel. Voor verschillende onderdelen moest overigens worden vastgesteld dat, mede gelet op de smalle (statistische) basis van sommige marktbevindingen, in het geheel geen conclusies konden worden getrokken of aanbevelingen konden worden gedaan.

Hoofdstuk 6 heeft dezelfde structuur als de hoofdstukken 3, 4 en 5. Hoofdstuk 2 wijkt hiervan af. Hoofdstuk 2 beschrijft de ontwikkeling van het wettelijk kader in algemene

zin, en daarom worden ook van de bevindingen inzake dit kader en de beschouwing daarvan in meer algemene vorm verslag gedaan.

De enquête die aan deze rapportage vooraf ging was anoniem. Om die reden wordt hierna, wanneer wordt verwezen naar onderzoeksresultaten van de enquête of naar opmerkingen of toelichtingen die in dat kader werden gegeven verwezen naar "respondenten". De stakeholders met wie interviews werden gehouden werden uitgenodigd om een specifiek belang te verwoorden en dit was hen voorafgaand aan de interviews ook toegelicht. Wanneer wordt gerefereerd aan bevindingen waarvan zij tijdens interviews verslag deden wordt dan ook in de regel meer specifiek aan hen gerefereerd, bijvoorbeeld in termen van "grootafnemers" (VEMW), "nieuw toegetrede leveranciers" (VOEG, Oxxio) en "van de kant van consumenten" (Consumentenbond), dit tenzij de betreffende geïnterviewde verzocht de respons anoniem te presenteren.

2 Wettelijk kader

2.1 Inleiding

Hierna zal een schets worden gegeven van het wettelijk kader zoals dat zich voor elektriciteit en gas vanaf de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet heeft ontwikkeld, en wel tot eind 2005. Teneinde de daarmee ingezette ontwikkelingen vertrekpunt en contrast te geven, wordt daaraan voorafgaand een korte schets gegeven van de regelgeving zoals deze voor elektriciteit en gas gold vóór 2000.

Bij de schets van het wettelijk kader zal ook worden aangegeven, welke doelstellingen daaraan ten grondslag liggen, opdat aan de hand daarvan zoveel mogelijk kan worden nagegaan of de wettelijke doelstellingen de afgelopen jaren konden worden gerealiseerd.

Omwille van de overzichtelijkheid wordt een beschrijving van de secundaire regelgeving die krachtens deze wetten tot stand is gebracht, in dit hoofdstuk achterwege gelaten. Een overzicht van deze regelgeving is als **bijlage 2** aan dit rapport gehecht.

2.2 Elektriciteit

2.2.1 Elektriciteitswet 1989

Ten tijde van de Elektriciteitswet 1989 waren de elektriciteitsproductiebedrijven (hierna: EPB's) en hun dochter, de N.V. Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven (hierna: SEP), primair verantwoordelijken voor productie, import en transmissie van elektriciteit.

De publieke belangen die met de elektriciteitsvoorziening waren gemeoid werden beschermd door marktafscherming en aanbodgestuurde regulering:

- De wetgever kende een centrale en coördinerende rol toe aan SEP (als de aangewezen vennootschap als bedoeld in artikel 8 Elektriciteitswet 1989).
- EPB's en SEP werd de taak opgelegd gezamenlijk zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke, openbare elektriciteitsvoorziening, tegen zo laag mogelijke kosten en op maatschappelijk verantwoorde wijze (artikel 2 Elektriciteitswet 1989).
- Productie respectievelijk import en transmissie van elektriciteit waren voorbehouden aan vergunninghoudende EPB's (artikel 3 Elektriciteitswet 1989) en aan SEP (artikelen 34 en 45 Elektriciteitswet 1989).
- Productie en import van elektriciteit dienden plaats te vinden overeenkomstig een tweejaarlijks door SEP op te stellen (artikel 15 Elektriciteitswet 1989) en door de

minister van Economische Zaken goed te keuren (artikel 16 Elektriciteitswet 1989) elektriciteitsplan, aan de uitvoering waarvan EPB's en SEP zich in een tussen hen vastgestelde bindende regeling rechtens dienden te committeren (artikel 9 Elektriciteitswet 1989).

- De geproduceerde elektriciteit diende exclusief aan SEP ter beschikking te worden gesteld (artikel 11, lid 1 Elektriciteitswet 1989), waarna SEP de aldus gepoolde elektriciteit aan de EPB's leverde dan wel exporteerde (artikel 11, lid 3 Elektriciteitswet 1989). De EPB's dienden vervolgens uitsluitend aan distributiebedrijven te leveren (artikel 11, lid 1 Elektriciteitswet 1989).
- De productie van elektriciteit diende verder plaats te vinden in het kader van een tussen SEP en EPB's vastgestelde bindende regeling die doelmatigheid van productie tot doel diende te hebben (artikel 22, lid 1 Elektriciteitswet 1989), en die diende te voorzien in een op de verschillende EPB's afgestemde vergoedingsregeling voor de kosten van het (verplicht) leveren van elektriciteit aan SEP (artikel 22, leden 3 en 4 Elektriciteitswet 1989). Deze bindende regeling, en wijzigingen daarvan, behoeften goedkeuring van de minister van Economische Zaken (artikel 23 Elektriciteitswet 1989), en in voorkomend geval kon de minister van Economische Zaken ook zelf in een dergelijke regeling voorzien (artikel 24 Elektriciteitswet 1989).
- De door SEP tegenover de EPB's gehanteerde tarieven behoeften goedkeuring van de minister van Economische Zaken, en dienden uniform te worden toegepast (artikel 25, leden 1 en 2 Elektriciteitswet 1989).
- De door EPB's tegenover de distributiebedrijven gehanteerde tarieven waren aan door de minister van Economische zaken gestelde maxima gebonden (artikel 26 Elektriciteitswet 1989).
- Ten slotte waren ook de door distributiebedrijven aan verbruikers in rekening gebrachte tarieven aan door de minister van Economische zaken gestelde maxima gebonden (artikel 27 Elektriciteitswet 1989).
- Tegenover grootverbruikers mochten SEP en EPB's afwijkende tarieven hanteren (artikel 32 Elektriciteitswet 1989).

Op 19 december 1996 werd richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit vastgesteld. Deze richtlijn verplicht de lidstaten tot (gefaseerde) liberalisatie van de elektriciteitsmarkt, en luidde daarmee het einde in van het onder de Elektriciteitswet 1989 tot stand gekomen stelsel van openbare elektriciteitsvoorziening.

2.2.2 Doelstellingen Elektriciteitswet 1998

Met de Elektriciteitswet 1998 werd de Elektriciteitswet 1989 vervangen. Blijkens de toelichting op het voorstel voor de nieuwe wet werd de aanleiding tot deze vervanging gevormd door:

- De hiervoor genoemde richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 december 1996 betreffende de interne markt voor elektriciteit.
- Nieuwe beleidsinzichten ten aanzien van marktwerking in de elektriciteitsvoorziening.
- Nieuwe beleidsinzichten op het gebied van de bevordering van een duurzame energiehuishouding.
- Nieuwe technologische mogelijkheden op het vlak van de elektriciteitsproductie.³

Een eerste aanzet tot de nieuwe elektriciteitswet vormde de in 1995 uitgevoerde evaluatie van de Elektriciteitswet 1989. In de Derde Energienota werden de bevindingen van deze evaluatie uiteengezet.⁴ Daarnaast werd in de nota ingegaan op de vragen waarom en – op algemene wijze – langs welke weg een meer duurzame energiehuishouding diende te worden gerealiseerd. Daarbij werd ook ingegaan op de toenemende internationalisering van de energiesector en de wenselijkheid van meer marktwerking. De nota kreeg in 1996 een vervolg in de notitie "Stroomlijnen naar een markt voor elektriciteit", waarin de contouren van een nieuwe elektriciteitswet nader werden ingevuld.

In algemene zin verwoord, werd met de Elektriciteitswet 1998 beoogd

'individuele vragers en aanbieders op de elektriciteitsmarkt geleidelijk meer keuzevrijheid te geven binnen een raamwerk van regels die gericht zijn op het betrouwbaar, duurzaam en doelmatig functioneren van de elektriciteitsvoorziening.'

Zie: (Kamerstukken II 1997-1998, 25 621, nr. 3 (MvT), p. 1.).

Keuzevrijheid, betrouwbaarheid, duurzaamheid en doelmatigheid waren kortom *de* uitgangspunten van de Elektriciteitswet 1998. Deze meer algemene waarden werden uitgewerkt in – onderling samenhangende – meer specifieke doelstellingen. Het gaat om:

1. een meer vraaggestuurde elektriciteitsmarkt;
2. onafhankelijke nettoegang: toegang tot het netwerk van elektriciteitsleidingen op niet-discriminerende voorwaarden voor producenten, handelaren, leveranciers en afnemers van elektriciteit;

³ Zie Kamerstukken II 1997-1998, 25 621, nr. 3 (MvT), p. 1.

⁴ Kamerstukken II 1995-1996, 24 252, nrs. 1-2, bijlage 3.

3. een evenwichtige openstelling van de markt op voet van de richtlijn 96/92/EG;
4. een geleidelijke overgang naar keuzevrijheid ten aanzien van de levering van elektriciteit;
5. bescherming van afnemers die niet onmiddellijk vrije leverancierskeuze hebben, door middel van een wettelijke leveringsplicht en tarieftoezicht en
6. bevordering van de elektriciteitsopwekking door middel van duurzame bronnen.

2.2.3 Ontwikkeling Elektriciteitswet 1998

De Elektriciteitswet 1998 is in de periode vanaf zijn inwerkingtreding tot eind 2005 gewijzigd bij de volgende wetten:

- Wet van 3 juni 1999 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van het stellen van nadere regels ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers (Stb. 1999, 260).
- Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (Gaswet, Stb. 2000, 305).
- Wet van 21 december 2000, houdende regels met betrekking tot het beëindigen van de overeenkomst van samenwerking van de elektriciteitsproductiesector en tot het aandeelhouderschap van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (Overgangswet elektriciteitsproductiesector, Stb. 2000, 607).
- Wet van 5 juni 2003 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie (Stb. 2003, 235).
- Wet van 3 juli 2003 tot wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in verband met de financiering van de tegemoetkoming aan de elektriciteitsproductiesector uit de algemene middelen en van de correctie van enkele tariefbepalingen alsmede in verband met een tijdelijk verbod van privatisering van netwerkbedrijven (Stb 2003, 316).
- Wet van 20 november 2003 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de bevordering van de opwekking van duurzame elektriciteit.
- Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG, (PbEG L 176), verordening nr. 1228/2003 (PbEG L 176), en richtlijn nr. 2003/55/EG (Pb EG L 176), alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer (Wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht net beheer, Stb. 2004, 328, ook wel I & I-wet genoemd).
- Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (verlenging termijn waarbinnen een afnemer wordt beschouwd als beschermde afnemer in de zin van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, Stb. 2004, 329).
- Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet vanwege de inwerkingtreding van de Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het

omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172 en Reparatiwet NMa-ZBO, Stb. 2005, 326).

Reeds vastgesteld, maar nog niet in werking getreden is de Wet van 14 december 2005 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ter implementatie van richtlijn 2004/8/EG inzake de bevordering van warmtekrachtkoppeling (Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ter implementatie van de richtlijn warmtekrachtkoppeling, Stb. 2006, 238).

Op moment van schrijven is voorts bij het parlement een aantal wetsvoorstellen in behandeling waarmee wordt beoogd wijzigingen in de Elektriciteitswet aan te brengen. Het betreft:

- het voorstel tot wijziging van onder meer de Elektriciteitswet 1998 houdende een verruiming van de bestaande delegatiegrondslagen, zodat de EG-besluiten op het terrein van onder meer energie in een kortere tijdspanne kunnen worden geïmplementeerd (Kamerstukken 29474);
- het wetsvoorstel tot herstel van wettechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van enkele inhoudelijke wijzigingen in onder meer de Elektriciteitswet 1998 (Veegwet EZ 2005, Kamerstukken 30027);
- het voorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Kamerstukken 30212) en
- het voorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 in verband met enkele aanpassingen van de wijze van stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsvoorziening (Kamerstukken 30305).

In het navolgende wordt een korte beschrijving gegeven van de inhoud van de Elektriciteitswet 1998 en de belangrijkste wijzigingen van die wet in de periode tot eind 2005.

De Elektriciteitswet 1998 is op 1 augustus 1998 gedeeltelijk in werking getreden. De bepalingen die toen van kracht werden, behelsden onder meer het volgende:

- Voor het beheer van de elektriciteitsnetten dienen onafhankelijke netbeheerders te worden aangewezen. Een producent, leverancier of handelaar wordt niet als netbeheerder aangewezen (artikelen 10 en 11).
- DTe wordt belast met de uitvoering van en het toezicht op de naleving van de wet (artikel 5).
- Voor de levering aan beschermde afnemers (bij inwerkingtreding van de wet alle gebruikers aan wie het beschikbaar gestelde vermogen minder dan 2 MW bedroeg) is een vergunning vereist (zie het inmiddels vervallen artikel 36 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998).

- Gebruikers aan wie het beschikbaar gestelde elektrisch vermogen meer dan 2 MW bedraagt, hebben vrije leverancierskeus (zie het inmiddels vervallen artikel 1 lid 1, aanhef en onder d, van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998).
- Tot 1 januari 2022 kan bij algemene maatregel van bestuur een toeslag worden vastgesteld ten bate van de verevening van verliezen die voortvloeien uit stadsverwarmingsprojecten die in het verleden in uitvoering zijn genomen (zie het inmiddels vervallen artikel 75 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998).
- Tot 1 januari 2002 kan bij algemene maatregel van bestuur een toeslag worden vastgesteld ten bate van de verevening van andere verliezen die voor producenten die vergunninghouder waren onder de Elektriciteitswet 1989 voortvloeien uit de uitvoering van taken op grond van de Elektriciteitswet 1989 (zie het inmiddels vervallen artikel 75 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998).

De marktwerking op de elektriciteitsmarkt voor vrije afnemers werd voorlopig nog beperkt door een in 1997 tussen SEP en de distributiebedrijven overeengekomen Protocol. Datzelfde gold voor de import van elektriciteit ten behoeve van die afnemers. Met het Protocol hadden de distributiebedrijven zich verplicht om gedurende een periode van vier jaar het volume van de productiesector te contracteren. Via deze overeenkomst droeg de distributiesector bij aan de niet-marktconforme kosten van de productiesector. Dit Protocol bleef krachtens het inmiddels vervallen artikel 76 van de Elektriciteitswet 1998 tot en met 1 januari 2001 van kracht. SEP behield bovendien voorlopig, op grond van de artikelen 34 tot en met 37 van de Elektriciteitswet 1989, nog het exclusieve recht op de invoer van elektriciteit ten behoeve van de levering aan beschermde afnemers.

Per 1 januari 1999 traden de bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 in werking die betrekking hebben op de in- en uitvoer van elektriciteit. De import van elektriciteit ten behoeve van grootverbruikers is voortaan vrij, met dien verstande dat de minister van Economische Zaken uit hoofde van de reciprociteitsclausule de mogelijkheid heeft 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 dreigt (zie de inmiddels vervallen artikelen 29, 30 en 31 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998 en thans artikel 44). Ook trad met ingang van 1 januari 1999 een aantal bepalingen in werking die verplichtingen van de vergunninghouders behelzen, in het bijzonder verplichtingen van administratieve aard.

Op 1 juli 1999 trad de Elektriciteitswet 1998 ook voor het overige in werking, met uitzondering van de artikelen over de financiering van niet-rendabele investeringen die de elektriciteitssector in het verleden heeft gedaan en die in een geliberaliseerde markt niet kunnen worden terugverdiend (de 'bakstenen'). Ook traden nog niet in werking de bepalingen betreffende de eigendomsverhoudingen van het hoogspanningsnet. De bepalingen die wel in werking traden betroffen onder meer:

- de (wijze van vaststelling van) tarieven voor aansluitingen op het net, het transport van elektriciteit en de levering van daarmee rechtstreeks verband houdende diensten (artikelen 25 tot en met 27 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998, zie thans de artikelen 26b tot en met 30a);
- de leveringsplicht en de tarieven voor levering van elektriciteit aan beschermde afnemers (zie de inmiddels vervallen artikelen 39 tot en met 42 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998) en
- de (voorwaarden voor) toegang tot de netten en transport van elektriciteit (artikel 16 lid 1, aanhef en onder e en f, artikelen 23 en 24).

De inwerkingtreding van deze bepalingen bracht onder meer het volgende mee:

- De onafhankelijke netbeheerder die door de eigenaar van een distributienet (zowel het laagspannings- als het hoogspanningsnet) is aangewezen dient op basis van non-discriminatoire voorwaarden en tegen redelijke tarieven toegang te bieden tot zijn netwerk en aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen tot het transport van elektriciteit (artikel 16 lid 1 aanhef en onder e en f en artikelen 23 tot en met 27 van de oorspronkelijke Elektriciteitswet 1998).
- Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot onder meer de tariefstructuren, de tarieven en de voorwaarden voor de aansluiting op het net, het transport van elektriciteit en de levering van rechtstreeks daarmee verband houdende diensten. Tevens worden bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop wordt bepaald of een netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft, de wijze waarop investeringen ten behoeve van de transportcapaciteit in de transporttarieven wordt verrekend en de wijze waarop de netbeheerder zijn boekhouding inricht (artikel 27).
- De directeur van de DTe stelt de transport-, aansluit- en systeemdienstentarieven vast die netbeheerders ten hoogste mogen berekenen aan afnemers (artikel 25). Dit geschiedde voor het eerst voor het jaar 2000.
- De directeur van de DTe stelt voorts de voorwaarden vast die netbeheerders in acht hebben te nemen bij het in werking hebben van de netten, het voorzien van aansluitingen op het net en het transport van elektriciteit over het net (artikel 25 lid 3) en
- de minister van Economische Zaken stelt de tarieven vast die leveranciers maximaal mogen berekenen aan beschermde afnemers (artikel 40). Dit geschiedde voor het eerst met ingang van 2000, eerst per kwartaal, sinds 2002 per jaar.

Voorts trad op 1 juli 1999 een aantal onderdelen van de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van het stellen van nadere regels ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers in werking. Deze wetwijziging had primair tot doel heldere, transparante, non-discriminatoire en zo laag mogelijke tarieven te bewerkstelligen, door middel van regulering van de tariefstructuren en de tarieven voor zowel het netbeheer als de levering aan

beschermde afnemers (artikelen 25 tot en met 27c en 40 tot en met 41a als opgenomen in de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet, bij tekstplaatsing vernummerd). Met de wijzigingswet werd in de artikelen 27a en 41 (na vernummering bij tekstplaatsing art. 41 respectievelijk art. 58) expliciet voorzien in een rekenformule ter vaststelling van de tarieven die de netbeheerder, respectievelijk de leverancier mocht rekenen aan afnemers, respectievelijk beschermde afnemers. In die formules werd een kortingsfactor opgenomen (de x-factor) ter bevordering van een doelmatige bedrijfsvoering door netbeheerders, respectievelijk vergunninghouders.⁵

Op grond van de wijzigingswet werden bovendien de – tot dan toe van kracht zijnde – artikelen 34 tot en met 37 van de Elektriciteitswet 1989 ingetrokken. Daarmee kregen ook distributiebedrijven het recht om elektriciteit uit het buitenland te importeren ten behoeve van de levering aan beschermde afnemers. De landelijk netbeheerder is in beginsel verplicht een aanbod tot transport van geïmporteerde of geëxporteerde elektriciteit te doen aan een ieder die daarom verzoekt. Op grond van de reciprociteitsclausule in de Elektriciteitswet 1998 kan echter een invoerverbod gelden. Dat is het geval indien de Nederlandse afnemer of leverancier in de Lid-Staat van waaruit hij elektriciteit wenst te importeren niet als 'in aanmerking komende afnemer' in de zin van artikel 19 van Richtlijn 96/92 EG wordt aangemerkt (artikel 30 Elektriciteitswet 1998). De minister van Economische Zaken kan echter ontheffing van het invoerverbod verlenen indien aannemelijk is dat het desbetreffende transport niet leidt tot een verstoring van het evenwicht op de elektriciteitsmarkten (artikel 32).

Met ingang van 10 augustus 2000 is aan artikel 5 Elektriciteitswet 1998 een zesde lid toegevoegd, dat de DTe bevoegd maakt om bindende aanwijzingen te geven in verband met de naleving van de wet. In deze wijziging is voorzien in de Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (de Gaswet), die tevens wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 behelsde.

Op 1 januari 2001 hield SEP op grond van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector op haar traditionele functies te vervullen. Met een gefaseerde inwerkingtreding van de Overgangswet werd beoogd de 'bakstenen'-problematiek op te lossen. Ook voorzag de wet in een aanscherping van de

⁵ Met de liberalisering van de elektriciteitsmarkt voor kleinverbruikers per 1 juli 2004 verviel artikel 58, waarin de formule was opgenomen aan de hand waarvan de minister van EZ de tarieven diende vast te stellen die de vergunninghouder voor de levering aan beschermde afnemers in rekening mocht brengen. Sindsdien houdt de raad van bestuur van de NMa (voorheen de directeur DTe) op grond van artikel 95b toezicht op de redelijkheid van de tarieven die de leverancier bij kleinverbruikers in rekening brengt. Deze bepaling voorziet wel in de mogelijkheid van de vaststelling van een maximumtarief, maar niet meer in een formule en een doelmatigheidskorting.

onafhankelijke positie van de landelijke netbeheerder TenneT en in de verkrijging van de meerderheid van de aandelen van TenneT door de Staat.

Met de Overgangswet elektriciteitsproductiesector werd per 1 januari 2001 aan de Elektriciteitswet 1998 voorts een bepaling toegevoegd, die aan de DTe de bevoegdheid toekent om bij beschikking een last onder dwangsom op te leggen ten einde overtredingen van bepaalde voorschriften (artikel 36 of 37) of van door hem uit hoofde van artikel 5 lid 6 gegeven aanwijzingen, ongedaan te maken, dan wel verdere overtreding of herhaling van de overtreding te voorkomen.

Met ingang van 1 maart 2001 trad artikel 13 van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in werking, voor zover dit artikel voorzag in een reservering van transportcapaciteit (tot 31 maart 2005 ten hoogste 900 MW, daarna tot 31 maart 2009 ten hoogste 750 MW) op het landelijk hoogspanningsnet voor het transport van elektriciteit ter uitvoering van importcontracten die in het verleden door de SEP waren aangegaan.

Per 1 juli 2001 mochten kleinzakelijke gebruikers en consumenten op grond van de Elektriciteitswet 1998 zelf een elektriciteitsleverancier kiezen, althans voor zover zij duurzaam opgewekte elektriciteit afnamen. Energieleveranciers werd toegestaan om duurzame energie te leveren aan kleinverbruikers buiten hun verzorgingsgebied.

Voorts trad op 1 juli 2001 de bepaling in werking dat het een afnemer, leverancier of handelaar verboden is al dan niet middellijk of onder voorwaarden de beschikking te hebben over een hoeveelheid transportcapaciteit op het landsgrensoverschrijdende net die groter is dan 400 MW (artikel 31a Elektriciteitswet 1998, de 'importcap', ingevoerd met de Overgangswet elektriciteitsproductiesector). Het bestaan van een aantal voormalige SEP-contracten die 900 MW beslaan, werd met lid 3 van artikel 31 a Elektriciteitswet 1998 onverlet gelaten.

Op 1 januari 2002 kreeg de middengroep zakelijke afnemers op grond van de Elektriciteitswet 1998 een vrije leverancierskeus. Het ging daarbij om afnemers met een aansluiting die een maximale doorlaatwaarde van meer dan 3.80 A heeft en een beschikbaar gesteld vermogen van maximaal 2 MW per aansluiting. De markt voor de levering van duurzame elektriciteit werd volledig vrijgegeven. Voor het leveren van duurzaam opgewekte elektriciteit is niet langer een vergunning nodig op basis van artikel 54 Elektriciteitswet 1998. Wel is nog een vergunning nodig als bedoeld in artikel 95a Elektriciteitswet 1998 (zie hierna).

Ter bescherming van kleinverbruikers werd per 1 januari 2002 voorts het vergunningstelsel van artikel 95a tot en met 95i (vastgesteld bij Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas, de 'Gaswet') van de Elektriciteitswet 1998 van kracht. Op grond van artikel 95a is het verboden om zonder

vergunning in de zin van artikel 95c elektriciteit te leveren aan kleinverbruikers. Tot de volledige liberalisering van de elektriciteitsmarkt had dit vergunningstelsel alleen relevantie voor de levering van duurzaam opgewekte elektriciteit aan kleinverbruikers (beschermde afnemers). Voor de levering van regulier opgewekte elektriciteit was het vergunningstelsel van artikel 54 Elektriciteitswet 1998 immers nog van toepassing op de levering aan kleinverbruikers.

Op 1 juli 2003 trad de Wet van 5 juni 2003 tot wijziging van de Elektriciteitswet ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie in werking. Met deze wet werd beoogd producenten door middel van subsidiëring te stimuleren te investeren in productie-installaties voor duurzame elektriciteit en klimaatneutrale elektriciteit. De subsidies vervingen de producentenvergoedingen van de Regulerende Energiebelasting.

Per 19 augustus 2003 trad de Wet tot wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector, de Elektriciteitswet en de Gaswet in werking. Deze wijzigingswet had betrekking op uiteenlopende onderwerpen:

- De DTe en de minister van Economische Zaken kregen met terugwerkende kracht de bevoegdheid om een per netbeheerder, respectievelijk leverancier gedifferentieerde x-factor vast te stellen (artikelen 41 en 58).
- De wet bevat een mechanisme om de tarieven van individuele netbeheerders te kunnen bijstellen (artikel 37a).
- Met een wijziging van artikel 29 wordt beoogd volledig effect te geven aan het uitgangspunt dat het transporttarief niet alleen bij eindverbruikers, maar ook bij producenten in rekening mag worden gebracht.
- In de Elektriciteitswet 1998 wordt een tijdelijk verbod op privatisering van netwerkbedrijven en vergunninghouders in de elektriciteitssector opgenomen (artikel 93).
- Ten slotte wordt in de wet ook expliciet bepaald dat de landelijke netbeheerder van het hoogspanningsnet de taak heeft om de leveringszekerheid te waarborgen. Het wordt aan de directeur DTe overgelaten om regels te stellen ter uitvoering van deze taak (artikel 31 lid 1, aanhef en onder g).

Op 1 januari 2004 trad de Wet van 20 november 2003 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de bevordering van de opwekking van duurzame elektriciteit in werking. Met deze wet werd voorzien in een systeem voor het uitgeven en innemen van garanties van oorsprong van stroom die aantonen dat de daarop aangegeven hoeveelheid elektriciteit op duurzame wijze is opgewekt. Met de wet werd beoogd de elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen en het duurzaam functioneren van de elektriciteitsvoorziening te stimuleren.

Met ingang van 1 juli 2004 werd ook de elektriciteitsmarkt voor kleinverbruikers (afnemers die beschikken over een aansluiting op het elektriciteitsnet met een

maximale doorlaatwaarde van minder dan 3.80 A) geliberaliseerd. Met deze liberalisering werd de openstelling van de elektriciteitsmarkt voltooid. Aanvankelijk zou de markt per 1 januari 2004 volledig worden vrijgegeven, maar dit was met de Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een half jaar uitgesteld. Wel is voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers nog een vergunning op grond van artikel 95a vereist. De DTe beoordeelt op grond van artikel 95b leden 3 en 4 bovendien ook nog de redelijkheid van de leveringstarieven voor kleinverbruikers van elektriciteit en kan eventueel ingrijpen door vaststelling van een maximumtarief. Het hierboven geschetste en door de minister van Economische Zaken op leveringstarieven uitgeoefende toezicht kwam daarmee te vervallen.

In juli 2004 trad de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer (hierna ook wel: de I & I-wet) in werking. De wet beoogde de positie van consumenten op de geliberaliseerde Europese markt voor elektriciteit en gas te versterken. De wet bevat bepalingen ter waarborging van publieke belangen in de energiesector en ter bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door de netbeheerder. Voorts bevat de wet een aantal bepalingen ter versterking van de onafhankelijkheid van het netbeheer in de energiesector en ter versterking van het toezicht op de naleving en de handhaving van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.

De I & I-wet bracht onder meer het volgende met zich:

- De DTe krijgt naast de mogelijkheid die zij al had om een last onder dwangsom (artikel 5a) op te leggen nu ook de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van een aantal specifiek aangewezen bepalingen (artikelen 77g e.v.). De bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen, wordt bovendien verruimd.
- In de Elektriciteitswet 1998 wordt een stelsel van stroometikettering ingevoerd (artikel 95j e.v.).
- Netbeheerders worden verplicht tot invoering van een kwaliteitsbeheersingssysteem en een verplichting om een storingsregistratiesysteem bij te houden en openbaar te maken (artikelen 21 en 19a e.v.).
- Netbeheerders, met uitzondering van de landelijk netbeheerder, worden verplicht om aan afnemers die op zijn transportnet zijn aangesloten een overzicht te verstrekken waarop de kosten in verband met die aansluiting overzichtelijk en begrijpelijk zijn gespecificeerd. Voorts moeten zij voorzien in een procedure voor de behandeling van klachten van afnemers over het netbeheer (artikelen 19c en 19d).
- Aan de Elektriciteitswet 1998 wordt met artikel 95m een groot aantal bepalingen toegevoegd die extra consumentenbescherming beogen te bieden aan kleinverbruikers.
- Een switch-verplichting moet waarborgen dat netbeheerders snel uitvoering geven aan een door afnemers gewenste wisseling van leverancier. In de Elektriciteitswet

1998 wordt een bevoegdheid van de minister van Economische Zaken opgenomen om bij ministeriële regeling regels te stellen over onder meer de termijn waarbinnen een wisseling van leverancier door de netbeheerder, die de wisseling uitvoert, moet zijn uitgevoerd (artikelen 23 en 24a).

- De betrouwbaarheid van de netten wordt verdisconteerd in de tariefregulering.
- De minister van Economische Zaken krijgt de bevoegdheid om het bestuur van een netbeheerder tijdelijk onder specifiek toezicht te stellen (artikel 13a).
- Voorts voorziet de wet in een tot op heden nog niet in werking getreden verplichting om de economische eigendom van netwerken te laten berusten bij regionale netbeheerders zelf en niet bij met hen verbonden juridische eigenaren (groepsmaatschappijen). Aldus wordt beoogd te voorkomen dat de juridische eigenaren hun beschikkingbevoegdheid ten aanzien van het netwerk kunnen gebruiken om commerciële belangen buiten het netwerk te dienen (artikel 10a).

Ten slotte trad op 1 juli 2005 de Reparatiwet NMa-ZBO in werking. De wijzigingen in de Elektriciteitswet komen er hoofdzakelijk op neer dat bevoegdheden die tot dan toe aan de directeur van de DTe waren toegekend, voortaan aan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit worden toegekend.

In de periode tussen 1 juli 2005 en het einde van het tijdvak waarop deze evaluatie betrekking heeft (eind 2005) zijn in de Elektriciteitswet 1998 geen wijzigingen doorgevoerd die voor deze evaluatie van belang zijn.

2.3 Gas

2.3.1 Situatie vóór 2000

Vóór de inwerkingtreding van de Gaswet in 2000 ontbrak een vergelijkbare algemene wet waarin het transport en de levering van gas werd geregeld. Grof geschetst werd de gang van zaken met betrekking tot de winning, distributie en levering van gas bepaald door publiek-private samenwerking van Staat en marktpartijen in het kader van de Gasunie. Die gang van zaken werd onder meer gekenmerkt door het volgende:

- De Staat heeft samen met Shell en Esso, die via een joint venture in de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) de concessie voor de winning van het Groningenveld hebben, de Gasunie opgericht. De Gasunie heeft tot doel zorg te dragen voor de inkoop, transmissie, verkoop en opslag van aardgas. Op grond van de winningsconcessie wordt het gas uit het Groningenveld door tussenkomst van Gasunie verkocht. De Gasunie heeft verder tot doel om desgevraagd het gas van producenten van kleine velden tegen redelijke voorwaarden en een marktconform tarief af te nemen (het 'kleine-veldenbeleid'). Daardoor is het aantrekkelijk kleine velden in productie te nemen, en kan het Groningenveld als 'balansveld' fungeren.
- De markt wordt bepaald door de positie van de Gasunie als leverings- en transmissiebedrijf. Tussen de Gasunie en producenten en tussen de Gasunie en

distributiebedrijven die kleinere industriële verbruikers en kleinverbruikers gas leveren, bestaan langetermijncontracten. Industriële grootverbruikers hebben voor de levering direct met de Gasunie contracten afgesloten. Evenwel levert sinds 1997 ook een aantal distributiebedrijven gas aan grootverbruikers. De marktaandelen van andere leveranciers en distributiebedrijven dan de Gasunie zijn beperkt.

- Voor grootverbruikers bestaat er een vorm van onderhandelde toegang tot het gasnet, echter zonder wettelijke regels die hun onderhandelingspositie ondersteunen. Klachten over onredelijke tarieven of voorwaarden van het gastransportbedrijf kunnen sedert 1998 aan de NMa worden voorgelegd.
- Grootverbruikers zijn vrij om gas van buitenlandse leveranciers te betrekken. Midden- en kleinverbruikers zijn niet wettelijk verplicht om hun gas van een bepaald distributiebedrijf te betrekken, maar feitelijk zijn zij gebonden aan het plaatselijke distributiebedrijf.
- De minister van Economische Zaken bepaalt het depletietempo van de aardgasvoorraden op basis van zorgvuldig beheer nationale bodemschatten en op basis van de gecumuleerde verwachte vraag over 25 jaar en stelt vast hoeveel gas jaarlijks gemiddeld uit de Nederlandse voorkomens kan worden gewonnen.
- De export van gas behoeft de goedkeuring van de minister van Economische Zaken.
- De prijs die Gasunie in rekening brengt voor het gas wordt bepaald door de marktwaarde op basis van olieproducten.

2.3.2 Doelstellingen Gaswet

Met de Gaswet wordt beoogd ook ten aanzien van de gasvoorziening uitvoering te geven aan het kabinetsbeleid, dat een grotere rol aan de markt wil geven bij het in stand houden van een betrouwbare, betaalbare en schone energievoorziening. Dit beleid werd ingezet met de Derde Energienota (Kamerstukken II 1995-1996, 24 5252, nrs. 1 en 2), en nader uitgewerkt in de discussienotitie "Gasstromen". Daarin werden reeds de contouren van de huidige Gaswet geschetst.

Net als bij de elektriciteitsvoorziening werd ook voor de gasvoorziening een verschuiving beoogd van een door het aanbod gestuurde markt naar een vraaggestuurde markt, waarbij de wensen van klanten, verbruikers en vragers van diensten uitgangspunt zijn. Verondersteld werd dat meer concurrentie op de gasmarkt zou leiden tot een toename van het aantal keuzemogelijkheden, vooral met betrekking tot de inkoop van gas en de levering aan consumenten. Dienstverlening zou daarbij steeds belangrijker worden. Daarbij zou concurrentie kunnen leiden tot meer efficiëntie, lagere kosten en daarmee tot een betere internationale concurrentiepositie van gasbedrijven. Tevens zou die concurrentie kunnen resulteren in lagere prijzen.

De Gaswet diende voorts te verzekeren dat er een goed mijnbouwklimaat zou blijven, dat er met name ook aan bijdraagt dat de Nederlandse gasreserves zo veel mogelijk worden ontwikkeld en bijdragen aan de nationale welvaart.

De Gaswet strekte mede tot uitvoering van richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998, betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PbEG L 204). Deze richtlijn voorzag onder meer in een geleidelijke openstelling van de nationale gasmarkten, waarbij de lidstaten bepalen welke groepen afnemers op hun grondgebied toegang tot het net krijgen. Met het oog op de eerder genoemde doelstellingen van het gasbeleid, met name de voorzieningszekerheid en het mijnbouwklimaat, heeft de wetgever van de Gaswet, in overeenstemming met de richtlijn, gekozen voor een geleidelijke overgang naar een meer vraaggestuurde marktstructuur. Met de Gaswet is beoogd te waarborgen dat vragers en aanbieders na liberalisering onder non-discriminatoire voorwaarden toegang kunnen krijgen tot de transportnetten. De Gaswet strekt daarnaast tot bescherming van afnemers die nog geen vrije leverancierskeus hebben.

Samengevat had de wetgever van de Gaswet de volgende doelstellingen voor ogen:

1. realisering van een primair vraaggestuurde gasmarkt door geleidelijke openstelling van die markt. Concurrentie zou kunnen leiden tot meer efficiëntie, lagere kosten, een betere internationale concurrentiepositie van gasbedrijven en lagere prijzen, een betere dienstverlening en een meer gedifferentieerd productenpakket voor eindverbruikers. De geleidelijkheid van de liberalisering zou gasbedrijven de tijd moeten geven om zich in te stellen op de nieuwe marktordening;
2. toegang tot het gasnet wordt verleend onder redelijke, objectieve, niet-discriminerende en transparante voorwaarden. Anders dan in de Elektriciteitswet 1998 werd in de Gaswet niet gekozen voor het systeem van (door de overheid) gereguleerde toegang, maar voor het systeem van onderhandelde toegang. Dit systeem sloot volgens de wetgever van de Gaswet beter aan bij de wijze waarop de gasmarkt functioneert, de aard van de dienst en de specifieke technische en commerciële kenmerken van het gasnetwerk;
3. een administratieve scheiding van het netbeheer en de overige activiteiten van de eigenaar van het net. Anders dan in de Elektriciteitswet 1998 wordt de mogelijkheid van organisatorische samenhang op transmissieniveau voorshands gehandhaafd;
4. bescherming van afnemers die niet onmiddellijk vrije leverancierskeuze hebben, door middel van een wettelijke leveringsplicht en tarieftoezicht;
5. een goed beheer van de gasvoorraad, hetgeen inhoudt dat het productieniveau op een zodanig peil ligt dat ook op langere termijn gas uit de Nederlandse velden beschikbaar blijft;

6. het waarborgen van de voorzieningzekerheid met betrekking tot de binnenlandse vraag naar gas;
7. het waarborgen van leveringszekerheid voor kleingebruikers;
8. een prijsvorming voor gas en daarmee samenhangende diensten die, met uitzondering van de prijs die aan beschermde afnemers in rekening wordt gebracht, wordt bepaald door de concurrentie tussen producenten en leveranciers van gas;
9. de bevordering van een schone gasvoorziening.

2.3.3 Ontwikkeling Gaswet

De Gaswet is in de periode vanaf zijn inwerkingtreding tot eind 2005 gewijzigd bij de volgende wetten:

- Wet van 21 december 2000, houdende regels met betrekking tot het beëindigen van de overeenkomst van samenwerking van de elektriciteitsproductiesector en tot het aandeelhouderschap van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (Overgangswet elektriciteitsproductiesector, Stb. 2000, 607).
- Wet van 3 juli 2003 tot wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in verband met de financiering van de tegemoetkoming aan de elektriciteitsproductiesector uit de algemene middelen en van de correctie van enkele tariefbepalingen alsmede in verband met een tijdelijk verbod van privatisering van netwerkbedrijven (Stb 2003, 316).
- Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/54/EG, (PbEG L 176), verordening nr. 1228/2003 (PbEG L 176), en richtlijn nr. 2003/55/EG (Pb EG L 176), alsmede in verband met de aanscherping van het toezicht op het netbeheer (Wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht net beheer, Stb. 2004, 328).
- Wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (verlenging termijn waarbinnen een afnemer wordt beschouwd als beschermde afnemer in de zin van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, Stb. 2004, 329) en
- Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet vanwege de inwerkingtreding van de Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172) (Reparatiewet NMa-ZBO, Stb. 2005, 326).

Op moment van rapporteren is voorts bij het parlement een aantal wetsvoorstellen in behandeling waarmee wordt beoogd wijzigingen in de Elektriciteitswet aan te brengen. Het betreft:

- het voorstel tot wijziging van onder meer de Gaswet, houdende een verruiming van de bestaande delegatiegrondslagen, zodat de EG-besluiten op het terrein van onder

meer energie in een kortere tijdspanne kunnen worden geïmplementeerd (Kamerstukken 29474);

- het voorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Kamerstukken 30212);
- het wetsvoorstel tot herstel van wettechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van enkele inhoudelijke wijzigingen in onder meer de Gaswet (Veegwet EZ 2005, Kamerstukken 30027).

In het navolgende wordt een korte beschrijving gegeven van de inhoud van de Gaswet en de belangrijkste wijzigingen van die wet in de periode tot eind 2005.

De Gaswet trad in augustus 2000 voor het overgrote deel in werking. De bepalingen die betrekking hebben op de aanwijzing van een netbeheerder traden evenwel pas in werking met ingang van 1 oktober 2000 (artikelen 2 t/m 9 en de artikelen 26, 27, 79 t/m 84). Enkele bepalingen die boekhoudkundige voorschriften voor gasbedrijven inhouden werden pas per 1 januari 2001 van kracht. De Gaswet houdt onder meer het volgende in:

- grootverbruikers (afnemers die meer dan 10 miljoen m³ gas per jaar verbruiken) zijn vrij in de keuze van een leverancier (zie artikel 1 lid 1, aanhef en onder n van de oorspronkelijke Gaswet);
- voor de levering aan afnemers die minder dan 10 miljoen m³ gas per jaar verbruiken (beschermde afnemers) is tot 1 januari 2002 een vergunning vereist. Voor de levering aan afnemers die minder dan 1 miljoen m³ gas per jaar verbruiken, is tot en met 31 december 2003 een vergunning vereist (zie artikel 21 jo. artikel 1 lid 1, aanhef en onder n, van de oorspronkelijke Gaswet). Daarnaast wordt in artikel 43 van de oorspronkelijke Gaswet bepaald dat het verboden is zonder vergunning gas te leveren aan afnemers die naar een op het verbruik in voorgaande jaren gegronde verwachting minder dan 170.000 m³ gas per jaar verbruiken. De vergunninghouder heeft een leveringsplicht ten behoeve van elke beschermde afnemer in zijn leveringsgebied, die een verzoek tot levering doet (artikel 25 van de oorspronkelijke Gaswet). De Gasunie levert vergunninghouders het gas dat zij nodig hebben ten behoeve van de levering aan beschermde afnemers. De vergunninghouders zijn op hun beurt verplicht dat gas van de Gasunie af te nemen (artikel 87 jo 53 van de oorspronkelijke Gaswet);
- de overheid blijft het depletietempo van de gaswinning bepalen, maar doet dat, anders dan voor de inwerkingtreding van de gaswet, enkel op basis van het streven naar een zorgvuldig beheer van nationale bodemschatten. De Minister van Economische Zaken stelt vast hoeveel gas jaarlijks gemiddeld uit de Nederlandse voorkomens kan worden gewonnen (artikel 55);
- de Gasunie moet het gas uit het Groningerveld op een zodanige wijze afnemen, dat zij ook nog gas uit kleine velden kan afnemen. De Gasunie wordt wettelijk verplicht gas uit de kleine velden tegen een marktconforme prijs en onder redelijke

voorwaarden af te nemen (artikel 54). De producenten van kleine velden mogen echter ook aan anderen dan de Gasunie leveren;

- langlopende exclusieve leveringscontracten die de Gasunie met distributiebedrijven heeft gesloten, blijven in stand tot een door de minister te bepalen tijdstip (zie artikel 87 van de oorspronkelijke Gaswet);
- voor het beheer van de gasnetten moeten onafhankelijke netbeheerders worden aangewezen. Gasunie wordt van deze verplichting uitgezonderd, maar dient wel te voorzien in een boekhoudkundige scheiding tussen transport en levering (artikel 2 van de oorspronkelijke Gaswet);
- gastransportbedrijven zijn verplicht om jaarlijks een indicatie bekend te maken van de tarieven en de voorwaarden die het bedrijf voor het volgende jaar wil hanteren voor het transport van gas en daarmee noodzakelijkerwijs verbonden diensten. Over deze tarieven en voorwaarden dienen de bedrijven overleg te voeren met representatieve organisaties van netgebruikers. De indicatieve tarieven dienen in overeenstemming te zijn met de door de DTe vastgestelde richtlijnen (artikelen 12 en 13 van de oorspronkelijke Gaswet);
- gastransportbedrijven zijn verplicht om met degene die daarom verzoekt te onderhandelen over het verrichten van gastransport, op basis van de vooraf door de gastransportbedrijven gepubliceerde indicatieve tarieven en voorwaarden (artikel 14 van de oorspronkelijke Gaswet);
- de DTe houdt toezicht op de toegang tot de transportnetten en kan bindende aanwijzingen geven met betrekking tot de indicatieve tarieven en voorwaarden (artikel 13 lid 3 van de oorspronkelijke Gaswet);
- gasopslagbedrijven moeten toegang verlenen tot hun faciliteiten (artikel 18);
- de transport- en aansluittarieven die beheerders van het gasnet ten hoogste bij beschermde afnemers in rekening mogen brengen, worden door de overheid vastgesteld (artikelen 80 e.v. van de oorspronkelijke Gaswet). De minister van Economische Zaken (namens hem de directeur DTe) heeft voor het eerst met ingang van 1 april 2001, en vervolgens per kalenderjaar, de transporttarieven vastgesteld.
- De leveringstarieven die leveranciers voor de levering van gas aan beschermde afnemers in rekening mogen brengen, worden door overheid vastgesteld. Deze tarieven worden per kwartaal vastgesteld (voor het eerst voor met ingang van 1 april 2001) (artikelen 25 e.v. van de oorspronkelijke Gaswet);
- de tarieven die netbeheerders ten hoogste aan afnemers in rekening mogen brengen worden vastgesteld volgens een *price cap* formule. Dat houdt in dat wordt uitgegaan van de tarieven van het voorgaande jaar, gecorrigeerd voor inflatie en verminderd met een efficiencykorting (de 'x-factor'). Hetzelfde systeem wordt gehanteerd ter bepaling van de tarieven die leveranciers mogen rekenen aan beschermde afnemers (artikel 80, resp. artikel 26 van de oorspronkelijke Gaswet);
- de import van gas is vrij, met dien verstande dat de minister van Economische Zaken uit hoofde van de reciprociteitsclausule de mogelijkheid heeft om in geval

- van dreigende marktverstoringen een toestemmingsvereiste te verbinden aan de import van gas uit bepaalde landen (artikel 73);
- de export van gas is vrij (vgl. artikel 72).

Per 1 januari 2001 is met de inwerkingtreding van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector aan de Gaswet onder meer een bepaling toegevoegd (artikel 60a), die aan de DTe de bevoegdheid toekent om bij beschikking een last onder dwangsom op te leggen ten einde overtredingen van bepaalde voorschriften (artikelen 11, 18 lid 1 en 40 lid 3) of door hem gegeven bindende aanwijzingen ongedaan te maken, dan wel verdere overtreding of herhaling van de overtreding te voorkomen.

Op 1 januari 2002 werd de gasmarkt voor klanten met een jaarverbruik tussen 1 miljoen m³ (in de praktijk wordt op basis van een temperatuurcorrectie 835.000 m³ verbruik in het jaar 2000 als grens gehanteerd) en 10 miljoen m³ gas vrijgegeven. Deze klanten zijn voortaan vrij in de keuze van een leverancier.

Per 19 augustus 2003 trad de Wet tot wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector, de Elektriciteitswet en de Gaswet in werking. Deze wijziging houdt onder meer het volgende in:

- vastgelegd wordt dat de landelijke beheerder van het gasnet de taak heeft om de leveringszekerheid te waarborgen (thans artikel 10a);
- de minister krijgt de bevoegdheid om in verband met een betrouwbare energievoorziening een gastransportbedrijf op te dragen een of meer gastransporten met voorrang uit te voeren (het inmiddels vervallen artikel 51a);
- met terugwerkende kracht kan ten behoeve van de vaststelling van de tarieven voor het jaar 2001 voor de levering aan beschermde afnemers die minder dan 10 miljoen m³, maar meer dan 1 miljoen m³ gas verbruikten, een afzonderlijke korting worden vastgesteld. Ook wordt voorzien in een algemeen correctiemechanisme ten aanzien van reeds vastgestelde tarieven die netbeheerders en leveranciers aan afnemers in rekening mogen brengen. In de Gaswet wordt ook expliciet tot uitdrukking gebracht dat de minister bevoegd is om voor elke netbeheerder *afzonderlijk* een doelmatigheidskorting (x-factor) vast te stellen voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar (artikel 26, resp. artikel 80 zoals die luiden per 19 augustus 2003);
- in de Gaswet wordt een tijdelijk, tot 1 juli 2004 geldend, verbod op privatisering van netwerkbedrijven en vergunninghouders in de elektriciteitssector opgenomen (artikel 85, zoals dit luidde per 19 augustus 2003).

Met ingang van 1 juli 2004 is de gasmarkt ook voor klanten die minder dan 1 miljoen m³ gas per jaar verbruiken vrijgegeven. Evenwel bleef het in beginsel verboden om zonder vergunning gas te leveren aan kleinverbruikers, dat wil zeggen afnemers die

naar een op het verbruik in de voorgaande jaren gegronde verwachting minder dan 170.000 m³ gas per jaar verbruiken (artikel 43). Aanvankelijk zou de markt voor klanten die minder dan 1 miljoen m³ gas per jaar verbruiken per 1 januari 2004 worden vrijgegeven, maar dit werd met de Wet 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een half jaar uitgesteld.

Op grond van artikel 44 lid 3 en 4 controleert de DTe nog wel de redelijkheid van de leveringstarieven voor kleinverbruikers van gas en kan eventueel worden ingegrepen door vaststelling van een maximumtarief.

In juli 2004 trad ook de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer (kortweg de 'I & I-wet') in werking. Met deze wet werd beoogd de positie van consumenten op de geliberaliseerde Europese markt voor elektriciteit en gas te versterken. De wet bevat bepalingen ter waarborging van publieke belangen in de energiesector en ter bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door de netbeheerder. Voorts bevat de wet een aantal bepalingen ter versterking van de onafhankelijkheid van het netbeheer in de energiesector en ter versterking van het toezicht op de naleving en de handhaving van de Elektriciteitswet en de Gaswet.

De I & I-wet bracht onder meer het volgende met zich:

- de DTe krijgt naast de mogelijkheid die zij al had om een last onder dwangsom op te leggen ook de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van een aantal specifiek aangewezen bepalingen (zie artikelen 60a e.v.). De mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen wordt bovendien verruimd;
- Gasunie wordt verplicht om het beheer van haar transmissienet op te dragen aan een onafhankelijke netbeheerder (artikelen 2 e.v. De Gaswet kende deze verplichting al langer voor de regionale gastransportbedrijven). Op 1 juli 2004 wordt daartoe Gas Transport Services (GTS) opgericht;
- het systeem van onderhandelde toegang tot het gasnet (waarbij gastransportbedrijven werden verplicht te onderhandelen over toegang tot het net, op basis van vooraf gepubliceerde indicatieve tarieven) wordt vervangen door een systeem van door de overheid gereguleerde toegang op basis van vooraf gepubliceerde tarieven met een verbod op discriminatie (artikelen 12 e.v.);
- voor de toegang tot de opslag van gas blijft het systeem van onderhandelde toegang bestaan (artikel 18a e.v.);
- netbeheerders worden verplicht tot invoering van een kwaliteitsbeheersingssysteem (artikel 8, zie ook artikel 35a);
- netbeheerders, met uitzondering van de landelijk netbeheerder, worden verplicht om aan afnemers die op zijn transportnet zijn aangesloten een overzicht te verstrekken waarop de kosten in verband met die aansluiting overzichtelijk en begrijpelijk zijn gespecificeerd. Voorts moeten zij voorzien in een procedure voor de behandeling van klachten van afnemers over het netbeheer (artt. 35c en 35d).

- aan de Gaswet wordt met artikel 52b een groot aantal bepalingen toegevoegd die extra consumentenbescherming beogen te bieden aan kleinverbruikers.
- de betrouwbaarheid van de netten wordt verdisconteerd in de tariefregulering.
- de minister van Economische Zaken krijgt de bevoegdheid om het bestuur van een netbeheerder tijdelijk onder specifiek toezicht te stellen (artikel 5a);
- een switch-verplichting die moet waarborgen dat netbeheerders een afnemer die van leverancier willen wisselen, snel bedienen. In de Gaswet wordt een bevoegdheid van de minister van Economische Zaken opgenomen om bij ministeriële regeling regels te stellen over onder meer de termijn waarbinnen een wisseling van leverancier door de netbeheerder, die de wisseling uitvoert, moet zijn uitgevoerd (artikel 17a);
- ook voor de gasmarkt wordt voortaan een Tarievcodes vastgesteld, waarin de elementen en de wijze van berekening van het tarief voor netgebruikers, waaronder afnemers, waarvoor transport van gas en aanverwante diensten worden doorgevoerd en het tarief waarvoor de netbeheerder van het landelijk gastransportnet uitvoering zal geven aan zijn wettelijke taken. De Tarievcodes en Technische Code gas treden op 1 januari 2006 in werking;
- voorts voorziet de wet in een tot op heden nog niet in werking getreden verplichting om de economische eigendom van netwerken te laten berusten bij regionale netbeheerders zelf en niet bij met hen verbonden juridische eigenaren (groepsmaatschappijen). Aldus wordt beoogd te voorkomen dat de juridische eigenaren hun beschikkingbevoegdheid ten aanzien van het netwerk kunnen gebruiken om commerciële belangen buiten het netwerk te dienen.

Op 1 juli 2005 trad ten slotte de Reparatielwet NMa-ZBO in werking. De wijzigingen in de Gaswet komen er hoofdzakelijk op neer dat bevoegdheden die tot dan toe aan de directeur van de DTe of de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit waren toegekend, voortaan aan de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit worden toegekend.

In de periode tussen 1 juli 2005 en het einde van het tijdvak waarop deze evaluatie betrekking heeft (eind 2005) zijn in de Gaswet geen wijzigingen doorgevoerd die voor deze evaluatie van belang zijn.

2.4 *Bevindingen marktpartijen*

2.4.1 Elektriciteit

Meer dan de helft van de respondenten vindt de wijzigingen en veranderingen in de Elektriciteitswet 1998 niet duidelijk. Over de wijzigingen en veranderingen zijn de volgende opmerkingen gemaakt:

- aanpassingen zijn veelal ingegeven vanuit een deelbelang in de maatschappij;
- wijzigingen vloeien vooral voort uit incidentpolitiek, niet uit een visie;

- voor nieuwkomers biedt de Elektriciteitswet 1998 weinig houvast;
- vaak leiden wijzigingen en verandering tot vergaande detaillering van bepalingen;
- wijzigingen en veranderingen volgen elkaar in hoog tempo op. Dit leidt niet tot een stabiel investeringsklimaat, bijvoorbeeld de MEP-regeling en de metermarkt (eerst vrij, nu weer dicht).

Volgens minder dan de helft van de respondenten ontbreken in de Elektriciteitswet 1998 bepalingen die nodig zijn voor het goed functioneren van de energiemarkt. Als voorbeelden van lacunes worden genoemd:

- bepalingen over transparantie;
- regels omtrent de marktfaciliterende rol van netbeheerders;
- regels om tegenwicht te kunnen bieden aan macht van de netbeheerders bij totstandkoming van de codes;
- regels ter stimulering van duurzame energie op basis van politiek ongevoelige, maar wel objectief vaststelbare criteria (zoals werkelijke bespaarde kWh en vermeden emissies in meetbare eenheden).

Van de respondenten die bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 missen, geeft een derde aan dat zij last ondervinden bij de bedrijfsvoering als gevolg van het ontbreken van de wettelijke bepalingen. Een ruime meerderheid van de respondenten die aangeeft bepalingen te missen geeft evenwel niet aan daarvan al dan niet last te ondervinden.

Een kwart van de respondenten vindt dat de Elektriciteitswet 1998 bepalingen bevat die strijdig met elkaar zijn. Genoemd worden:

- artikel 27 lid 2 sub f en artikel 16c lid 1;
- terminologie van artikel 95c en artikel 31c.

Een overgrote meerderheid van de respondenten geeft aan dat de Elektriciteitswet 1998 bepalingen bevat die met het oog op het goed functioneren van de markt overbodig zijn. Als voorbeelden van overbodige bepalingen worden genoemd:

- artikel 16 lid 1, sub i Elektriciteitswet 1998: dit zou geen taak van de netbeheerder moeten zijn. De netbeheerder zou alleen de primaire toelating hoeven doen;
- artikel 19b Elektriciteitswet 1998: verplichting tot verstrekken overeenkomsten en overzichten personen voor netbeheerder is zinloos;
- artikel 26a Elektriciteitswet 1998: in strijd met BW en gaat veel te ver;
- artikel 95l Elektriciteitswet 1998: de verplichtingen gaan veel te ver;
- artikel 95m lid 5 en 6 Elektriciteitswet 1998: voegen niets toe;
- artikel 31a Elektriciteitswet 1998;
- artikel 13 Overgangswet Elektriciteitsproductiesector.

Een meerderheid van de respondenten is het eens met de stelling dat de Elektriciteitswet 1998 bepalingen bevat waarvan de administratieve lasten te hoog zijn. Als voorbeelden worden genoemd:

- de algemene bevoegdheid van DTe om informatie te vragen (artikel 7);
- CODATA verzoeken kosten veel tijd en geld;
- de Regeling Uitgespaarde Netverliezen (artikelen 3.5.10 t/m 3.5.16 van de Technische Code);
- het verstrekken van de meetgegevens in het kader van de MEP;
- de rapportplicht ten aanzien van de controle op de bescherming van de consumenten, omdat deze plicht ook de leveranciers van zakelijke gebruikers raakt;
- verplichting wijze van communiceren stroometiket (zeer kostbaar);
- vaststellen van teruglevering door huishoudelijke zonnecellen e.d.;
- de artikelen 19b en 95l.

Ook in het raam van de interviews wordt gewezen op zware administratieve lasten, waarbij hierboven genoemde voorbeelden worden genoemd en ook de verplichting driemaandelijkse accountantsrapportages over aantallen afnemers aan te leveren.

2.4.2 Gas

Volgens een meerderheid van de respondenten ontbreken in de Gaswet (en daaruit voortvloeiende lagere regelgeving) bepalingen die nodig zijn voor het goed functioneren van de energiemarkt. Als voorbeelden worden genoemd:

- het ontbreken van een definitie van het begrip "shipper";
- beleidsregels terzake intrekking leveringsvergunning;
- regelgeving ten behoeve van voorkoming machtpositie GUTS op het gebied van flexibiliteitsdiensten;
- regelgeving die liquiditeit bevordert.

Een zeer ruime meerderheid (gemiddeld 83%) van de respondenten die hebben aangegeven dat bepalingen ontbreken, geeft aan dat zij daar sterk tot zeer sterk last van heeft. De volgende toelichtingen worden gegeven:

- de markt is onvoldoende liquide, waardoor er te weinig differentiatie in tarieven en voorwaarden bestaat;
- door de beperkte beschikbaarheid van vrij verhandelbaar gas ontwikkelt het volume op de marktplaats zich niet zo als zou moeten.

De helft van de respondenten geeft aan dat zij niet weet of de Gaswet bepalingen bevat die strijdig met elkaar zijn. Een minderheid van de respondenten geeft aan dat de Gaswet bepalingen bevat die strijdig met elkaar zijn. Als voorbeelden van strijdige bepalingen worden genoemd:

- artikel 2 lid 1, onder t en artikel 10a lid 1: onderscheid tussen verschillende diensten is niet helder;
- artikel 12a lid d: de tarieencode netbeheerder moet het tarief voor meting bevatten. Dit is volgens de respondent in strijd met de vrije meter- en meetmarkt;
- artikel 12b: de aanhef van dit artikel spreekt over "netgebruikers", terwijl de leden van dit artikel spreken over "afnemers";
- artikel 14 is in strijd met het BW;
- artikel 19b Elektriciteitswet 1998 en 35b Gaswet: de kwaliteitsregulering is gericht op toetsing op output, maar daarnaast bestaat de verplichting om allerlei informatie over de input te verschaffen; dit verhoogt de administratieve lasten voor het bedrijfsleven en de bestuurlijke lasten van DTe, zonder dat dit de wettelijke doelen dient.

Een aantal van de respondenten die strijdigheden in het wettelijk kader ervaart, ondervindt daarvan ook last bij de bedrijfsvoering.

Voor een derde van de respondenten zijn de wijzigingen in de Gaswet duidelijk. Eén van de respondenten geeft aan dat duidelijk is dat er gezocht is naar harmonisering met de Elektriciteitswet 1998. Meer dan de helft vindt de veranderingen niet duidelijk. Als voorbeelden van onduidelijkheden worden genoemd:

- niet duidelijk wat DTe allemaal mag/niet mag bij het vaststellen van tariefstructuren en gasvoorwaarden;
- niet duidelijk hoe DTe prioriteit aan dossiers hecht.

Bijna de helft van de respondenten geeft aan dat de Gaswet bepalingen bevat die met het oog op goed functioneren van de markt overbodig zijn. Van de respondenten die overbodige bepalingen zien, heeft een aantal last van deze bepalingen bij de bedrijfsvoering. De volgende toelichtingen worden gegeven:

- de verplichte 9-17 graden Celsius inkoop verstoort de markt voor gas en van gasopslag;
- het reguleringsmodel van artikelen 12b e.v. Gaswet vertraagt het inspelen op de gasmarkt in ernstige mate;
- in periodes van extreme koude, zou een leverancier of shipper zelf moeten zorgen voor het voldoen aan zijn verplichtingen.

Wat betreft administratieve lasten geeft een minderheid aan dat de uit de wet- en regelgeving voortvloeiende lasten te hoog zijn in relatie tot de beoogde doelen.

2.5 *Literatuur en jurisprudentie*

Alle respondenten – waaronder in dit verband ook DTe – vragen aandacht voor de omstandigheid dat de doelstellingen van de energiewetgeving en de taken die in

verband daarmee op DTe en/of marktdeelnemers rusten niet, niet helder of niet compleet in de formele wet tot uitdrukking komen. Voorts wordt door verschillende respondenten betoogd dat er veel regelgeving op het niveau van de wet in formele zin is die vanwege zijn technische, operationele of veranderlijke aard wellicht beter in lagere regelgeving vastgelegd zou kunnen worden. Tenslotte vragen verschillende respondenten aandacht voor het gebruik van open normen en voor de rechtsonzekerheid die daarmee samenhangt.

Dergelijke kwesties zijn in de literatuur en in de jurisprudentie aan de orde geweest, deels betrekking hebbend op de energiesectoren, deels betrekking hebbend op sectoren daarbuiten. Daarover het volgende.

2.5.1 Intensiteit van regelgeving

Pisuisse gaat in zijn artikel⁶ in het NTER in op de liberalisatie van de gasmarkt, publieke belangen, en wat hij noemt reguleringszucht. Ten aanzien van de leveringszekerheid Pisuisse het volgende op:

"Hoewel "regelzucht" een natuurlijke reactie is, is het een illusie te denken dat met extra regels alle risico's geheel kunnen worden uitgesloten. Een liberale markt met meer spelers en met juridisch gespitste bedrijven kent naar zijn aard nu eenmaal meer risico's dan de oude wereld waarin Gasunie al het gas bestemd voor kleinverbruikers leverde aan geïntegreerde distributiebedrijven die het vervolgens afzetten in het eigen leveringsgebied. Wanneer men enig risico niet wenst te accepteren, dan zal steeds complexere "reparatiewetgeving" ertoe leiden dat van de toch al beperkte ruimte van marktwerking in de praktijk helemaal niets meer overblijft. Sterker nog, door een woud aan voorschriften zullen in dat geval de voordelen van liberalisatie voor de kleinverbruiker, zo die er al zijn, zelfs meer dan teniet worden gedaan."

Wat betreft de vergunningseisen merkt de auteur op dat deze eisen gelden voor bedrijven die leveren aan afnemers tot 170.000 m³/jaar. Pisuisse merkt op dat deze grens nogal willekeurig is. Volgens Pisuisse getuigt de

"aard van de gestelde eisen (...) niet van een groot vertrouwen in de zegeningen van de liberalisatie. Artikel 44 voorziet bijvoorbeeld in de mogelijkheid van ingrijpen in de prijzen middels de introductie van maximumtarieven. Zou van deze mogelijkheid gebruik worden gemaakt, dan wordt de toch al beperkte ruimte om op zijn prijs te concurreren nog verder

⁶ mr.dr.s. C. Pisuisse, "Liberalisatie gasmarkt, publieke belangen en reguleringszucht", NTER 2004, nr. 1, p. 15-20.

ingeperkt! En hoe moet de eis geplaatst worden dat een vergunninghouder 'ja' moet zeggen tegen ieder verzoek om levering (artikel 44, lid 1)?"

Ten aanzien van het onderwerp "voorrang" merkt Pisuisse nog het volgende op:

"Uit angst dat de binnenlandse leveringszekerheid minder wordt als gevolg van toenemende transitstromen, is bij amendement artikel 51a in de Gaswet gekomen. Het geeft de minister van Economische Zaken de mogelijkheid in te grijpen in transportstromen door aan gastransportbedrijven op te dragen één of meer transporten van gas met voorrang uit te voeren. Maakt de minister van deze bevoegdheid gebruik, dan zou er sprake zijn van een additionele PSO die het normale marktmechanisme van "first come, first served" doorkruist.

Ondanks de goede bedoelingen kan ernstig betwijfeld worden of deze bepaling veel praktische betekenis kan hebben. In een liberale wereld voor transport geboekt door shippers zonder dat de beheerder van het landelijk transportnet nog kan nagaan wat het oogmerk is van de boeking. Er is wel sprake van een op aandrang van DTe tot stand gekomen ontkoppeld entry/exit-systeem, waarbij er niet meer "dedicated" geboekt wordt van A naar B. Transportcapaciteit wordt bovendien op de secundaire markt verhandeld. Wat betreft de leveringszekerheid van kleinverbruikers geldt dat DTe de aangewezen instantie is om in het kader van de vergunningverlening en de handhaving te toetsen dat er voldoende transportcapaciteit is geboekt. Voor de overige gebruikers geldt dat deze er zelf alert op dienen te zijn dat tijdig de door hen benodigde exitcapaciteit wordt geboekt. Het gaat meer ten principale ook niet om parallel aan de integratie van de nationale energiemarkten een regeling te introduceren die gebaseerd is op de "eigen volk eerst"-gedachte. Het ingrijpen in transitstromen zal immers altijd repercussies hebben voor de leveringszekerheid van vergelijkbare categorieën afnemers in het omringende buitenland."

Dit artikel geeft een opmaat naar literatuur en jurisprudentie die meer in het algemeen betrekking heeft op de inrichting van regulatoire wetgeving en de rol van de toezichthouder daarin.

2.5.2 Wetgevingshiërarchie

Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving⁷ (hierna: de Aanwijzingen) kan een zelfstandig bestuursorgaan in het leven worden geroepen onder meer indien er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid. In het stramien van de Aanwijzingen is dit ook het belangrijkste motief voor een marktautoriteit als DTe.⁸

⁷ De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn te vinden op de website van het ministerie van Justitie (www.minjus.nl).

⁸ Het kabinet Kok II meende dat toezicht op de werking van markten in het algemeen aan deze voorwaarde voldoet. Zie de Kaderstellende visie op toezicht 2001 (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 831, nr. 1, p. 12).

Uiteraard dient het normatieve kader voor het optreden van marktautoriteiten als DTe door de wetgever te worden vastgesteld.⁹ Dat betekent echter zeker niet, dat aan een autoriteit als DTe niet de bevoegdheid zou kunnen worden verleend algemeen verbindende voorschriften vast te stellen¹⁰, zoals de energiewetten ook daadwerkelijk doen.¹¹ Dit mag onder meer indien het technische onderwerpen betreft, en daarvan is bij het toezicht op energiemarkten evident sprake.

2.5.3 Het belang van open normen

In de sfeer van markttoezicht hebben open normen een lange traditie, zoals het tot het Europese en nationale mededingingsrecht behorende verbod misbruik te maken van een economische machtspositie.¹² De toepassing van dergelijke open normen is in de rechtspraak sinds jaar en dag aanvaard. Hierna zal worden aangegeven, dat ook in de sfeer van het regulatoire markttoezicht - dat uiteraard een veel kortere geschiedenis heeft - open normen een geaccepteerde plaats hebben.

Het is feitelijk weinig realistisch om voor markten die - nota bene mede door de liberalisatiewetgeving - in beweging zijn aan te nemen dat de wetgever op voorhand alle ontwikkelingen die zich op de desbetreffende markt kunnen voordoen en gaan voordoen, kan voorzien. Gedetailleerde wetgeving kan dan weliswaar een bijdrage aan de rechtszekerheid leveren, maar kan ook heel geschikt zijn om de beoogde ontwikkelingen juist te hinderen. Wanneer de wetgever expliciteert, dat alle energiebedrijven aan dezelfde efficiencykorting worden onderworpen dan draagt dat stellig bij aan de rechtszekerheid van die bedrijven, maar dan wordt tegelijkertijd bevorderd dat de efficiencyverbetering van de minst doelmatige onderneming tot maatstaf wordt.

⁹ Zie onder meer: S.E. Zijlstra, "Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat", Den Haag 1997 (diss.); Prof. mr. L.F.M. Verhey en prof. mr. N. Verheij, "De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief", *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 135e jaargang/2005-1, p. 135-332; A.T. Ottow, "Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht.", Den Haag 2006 (diss.). Zie verder de Kaderstellende visie op toezicht 2001 (Tweede Kamer 2000-2001, 27 831, nr. 1); de Visie op markttoezicht 2004, Beantwoording van de Motie Heemskerk c.s. (Tweede Kamer, 2003-2004, 29200 XIII, nr. 5) en de Kaderstellende visie op toezicht 2005 "Minder last, meer effect. *Zes principes van goed toezicht.*", opgesteld door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

¹⁰ Vgl. bijvoorbeeld Aanwijzing 124f.

¹¹ Zie bijvoorbeeld artikel 36, 37 en 41c jo. artikel 82, lid 3 Elektriciteitswet 1998

¹² Verhey & Verheij (p. 205) noemen nog enkele andere voorbeelden: de algemene begrippen uit de Mededingingswet, zoals "onderneming" en "economische machtspositie".

Markttoezicht - met name op te liberaliseren normen - en open normen zijn in zekere zin onvermijdelijk aan elkaar verbonden. In de Visie op Markttoezicht wordt daarover onder meer het volgende gezegd:

“Het toezicht op markten in transitie kan hiervoor bij uitstek als voorbeeld dienen. Omdat de minister vanwege de onzekerheden in de markt slechts in globale termen een einddoel kan vaststellen, is een relatief open normering het gevolg. Bij meer open normen is het om redenen van efficiëntie wenselijk als de toezichthouder zelf voorschriften op kan leggen om deze normen te bereiken.”¹³

2.5.4 Open normen en legitimiteit

Klap betoogt in zijn onderzoek “Vage normen in het bestuursrecht” dat open normen op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel.¹⁴ De Ru meent hierom dat door de wetgever toegekende bevoegdheden om met behulp van open normen te besturen restrictief dienen te worden geïnterpreteerd. Zou dat niet gebeuren, dan zou ook volgens hem strijd ontstaan met het legaliteitsbeginsel.¹⁵

Deze betogen hebben evenwel in de rechtspraak geen weerklank gevonden. Een belangrijke uitspraak is in dit verband bijvoorbeeld de uitspraak van het CBb – ook in energiezaken de bevoegde (hoogste) rechter – in een geschil tussen OPTA en UPC.¹⁶ Het CBb onderkende in deze uitspraak, dat de aldaar aan de orde zijnde bevoegdheid om op grond van artikel 8.7 Tw aanwijzingen te geven nauwelijks was genormeerd. Artikel 8.7 Tw bepaalde namelijk slechts dat OPTA “ter zake bindende aanwijzingen” kon geven. Toch beschouwde het CBb dit als een voldoende wettelijke grondslag voor het optreden van OPTA en het opleggen van verplichtingen, waaronder de verplichting tot kostenoriëntatie, door het CBb bestempeld als een “ingrijpende” aanwijzing.¹⁷

Ottow wijst erop, dat de marktautoriteit deze bevoegdheid wel moet verdienen. In de woorden van Ottow “compenseert”¹⁸ het CBb deze ruime bevoegdheid namelijk door een zware motiveringsverplichting aan het bestuursorgaan op te leggen:

¹³ Visie op markttoezicht 2004, p. 16-17.

¹⁴ A.P. Klap, “Vage normen in het bestuursrecht”, Zwolle 1994.

¹⁵ Prof. mr. H.J. de Ru, “Is OPTA bevoegd ONP op kabel toe te passen”, Mediaforum 1999-6, p. 167-168.

¹⁶ CBb 3 december 2003, UPC en Canal+/OPTA, www.rechtspraak.nl, LJN: AO1112, Mediaforum 2004-3, Jur. nr. 11, p. 95-99, m.nt. N. van Eijk.

¹⁷ De mate van ingrijpendheid van het overheidsoptreden is traditioneel een belangrijke factor bij de vraag in hoeverre specifiek overheidsoptreden een formeelwettelijke grondslag nodig heeft, met als bekendste voorbeeld het Fluorideringsarrest HR 22 juni 1973 NJ 1973, 386.

¹⁸ Ottow 2006, p. 95.

“Het College stelt voorop dat bij het ontbreken van expliciete materiële normen het geven van ingrijpende aanwijzingen zeer goed moet worden gemotiveerd. OPTA heeft getracht invulling te geven aan de norm van artikel 8.7 Tw door vaststelling, in samenwerking met de NMa en na uitvoerige consultatie van de markt, van beleidsregels in de vorm van Richtsnoeren.”

Deze zelfde benadering is terug te vinden in de Kaderstellende visie op toezicht 2001, waarin het kabinet zich op het standpunt heeft gesteld dat goed toezicht rust op drie pijlers waaronder – naast onafhankelijkheid en professionaliteit - transparantie.¹⁹ Volgens de Kaderstellende visie op toezicht versterkt het invoeren van instrumenten voor horizontale publieke verantwoording bij overheidsorganisaties het gezag en vertrouwen dat deze organisaties van de maatschappij nodig hebben. Het kabinet heeft zich daarom aangesloten bij de gedachte dat toezichthouders open moeten staan voor de belangen van belanghebbenden en gebruikers van onder toezicht staande organisaties.²⁰

Ook in de literatuur is steun te vinden voor deze benadering. Bij de uitoefening van bestuursbevoegdheden plegen beoordelings- en beleidsvrijheid te worden onderscheiden. Volgens Verhey & Verhey zijn zelfstandige bestuursorganen met veel beleidsvrijheid controversieel, vanuit de gedachte dat de democratische legitimatie van dergelijke instellingen beperkter is. De auteurs geven tegelijkertijd aan, dat dit anders kan liggen wanneer legitimiteit langs andere wegen wordt versterkt.²¹ Consultatie is daarvoor een geschikt middel.²²

2.5.5 Open normen en rechtszekerheid

Daarbij zijn flexibiliteit en rechtszekerheid geen begrippen die elkaar over en weer uitsluiten. Rechtszekerheid kan ook worden gediend door bijvoorbeeld beleidsregels of vergelijkbare normerende documenten vast te stellen, zoals de vaststelling van codes, waarin de energiewetgeving reeds thans voorziet.

Die codes zullen hierna worden besproken, onder meer in hoofdstuk 4. Daar zal worden aangegeven, dat de wettelijk en feitelijke totstandkomingsprocedures van deze codes door alle marktpartijen en door DTe als een ordelijke procedure voor

¹⁹ Kaderstellende visie op goed toezicht 2001, p. 9. Volgens Van der Meulen komt transparantie tot stand door transparante besluitvorming, transparant beleid, transparante besluitenpraktijk en transparant optreden (B.M.J. van der Meulen, Marktautoriteiten. Aanzet tot interne rechtsvergelijking. Preadvies VAR 2003, p. 66-69).

²⁰ Idem, p. 18.

²¹ Verhey & Verhey 2005, p. 202.

²² Dat middel kan overigens niet alleen bij besluitvorming door marktautoriteiten of andere ZBO's worden gebruikt, maar kan ook door de wetgever zelf worden ingezet, zoals bijvoorbeeld is gebeurd bij de totstandkoming van de wet Financiële Dienstverlening en de Wet Financieel Toezicht.

reguleringsbesluiten wordt gezien.²³ Met behulp van deze of vergelijkbare procedures kan dus regelgeving of beleid tot stand worden gebracht met behoud van legitimiteit en rechtzekerheid voor de justitiabelen, zonder dat de voor marktontwikkelingen noodzakelijke flexibiliteit verloren gaat.

2.6 *Beschouwing*

2.6.1 Doelstellingen

Naar het oordeel van rapporteurs wordt niet zonder grond gepleit voor duidelijker vastlegging van doelstellingen en taken van de bij energie betrokkenen.

In de eerste plaats is de vastlegging van de wettelijk (wel) geëxpliciteerde doelen niet erg doorzichtig. Artikel 5 Elektriciteitswet 1998 noemt wel een aantal belangen waarmee de regulator rekening moet houden, maar expliciteert niet – wat overigens wel de bedoeling lijkt te zijn maar door de wetsgebruikers niet steeds als zodanig wordt herkend – dat het hier mede om de doelen van de wetgeving gaat.

De doelstellingen inzake gasmarkten zijn verder niet in de Gaswet maar in ditzelfde artikel 5 Elektriciteitswet 1998 neergelegd. De aldaar geëxpliciteerde belangen waarmee in verband met gasmarkten rekening moet worden gehouden vertonen verder wel overeenkomsten met de in de considerans van de Gaswet opgesomde belangen, maar stroken daarmee niet volledig.

Ook de geschakeerde wijze waarop de thans geldende wetgeving tot stand is gekomen, met vele tussentijdse wijzigingen bemoeilijken het beantwoorden van de vraag welk doel in een concreet geval moet worden gediend, wat de onderlinge samenhang en het gewicht van verschillende doelen is en welke doelen prevaleren boven andere. Zo is duidelijk dat de belangen van consumenten zowel door mededinging als door regels inzake afsluitmogelijkheden kunnen worden gediend, maar maakt regelgeving die beide doelen willen dienen het voor een toezichthouder en voor een leverancier niet gemakkelijk vast te stellen welke belangen prevaleren.

²³ Daarbij zij wel alvast opgemerkt, dat andere marktdeelnemers dan netbeheerders van oordeel zijn, dat zij meer ruimte zouden moeten hebben voorstellen tot wijziging van de codes te initiëren. Met inachtneming van die kanttekening zou echter volgens vrijwel alle respondenten de systematiek van de codes kunnen worden uitgebreid naar andere beleidsonderwerpen dan de thans in de codes geregelde onderwerpen.

2.6.2 Taken

Ook in termen van taken verdient de energiewetgeving explicitering. De netbeheerders wordt in de energiewetgeving in technisch opzicht een centrale rol toebedeeld. Gaat het evenwel om de marktfaciliterende verplichtingen, dan is daarvan op het niveau van de formele wetgeving niets uitdrukkelijk vastgelegd.

Hierna (hoofdstuk 3) zal worden aangegeven, dat van de zijde van de consument wordt aangegeven, dat overweging zou verdienen te zoeken naar mechanismen aan de hand waarvan consumenten meer dan thans daadwerkelijk in staat zouden zijn van hun rechtspositie en van marktwerking in de energie te profiteren. Een van de mechanismen waaraan dan gedacht zou kunnen worden is (vergelijkende) voorlichting van de zijde van DTe over tarieven, leveringscondities, service, en, meer in het algemeen, alle aspecten die bezien vanuit de preferenties van afnemers relevant zijn. Dergelijke voorlichtingsactiviteiten zouden niet alleen de voorlichtingskosten van leveranciers kunnen beperken – dergelijke kosten drukken relatief zwaar op nieuwe en kleinere leveranciers – maar zouden ook tot betere allocatiebeslissingen van de consument kunnen leiden.

Fert is, dat DTe vanuit het evidente belang van transparantie dergelijke activiteiten tot op zekere hoogte al ter hand heeft genomen, echter zonder dat DTe een duidelijke en welomlijnde taakstelling terzake heeft. Overweging verdient dan ook na te gaan, of deze op transparantie gerichte activiteiten niet uitdrukkelijke wettelijke grondslag zou kunnen worden verleend, zodat ook marktdeelnemers duidelijk is dat DTe bijvoorbeeld wettelijk bevoegd is de daarvoor noodzakelijke inlichtingen op te vragen. Daarmee wil overigens niet gezegd zijn, dat juist of alleen op DTe voorlichtende taken zouden moeten rusten. Gaat het bijvoorbeeld om groothandelsmarkten, dan zouden ook beurzen hiermee belast zouden kunnen worden.²⁴

2.6.3 Open normen

Voorts verdient overweging na te gaan, of niet in veel grotere mate zou kunnen worden volstaan met wetgeving op het niveau van doelstellingen en taken, vergezeld van wettelijk vastgelegde open normen die door de toezichthouder kunnen worden

²⁴ Bij dit alles verdient opmerking dat dit niet betekent dat DTe thans onbevoegd zou zijn voorlichting te geven of zelfs onrechtmatig zou handelen. Van bevoegd handelen door bestuursorganen is niet slechts sprake indien de formele wet een uitdrukkelijke daartoe strekkende taakopdracht zou bevatten. Dergelijke legalistische opvattingen zijn wel eens te beluisteren, maar de rechtspraak over de legaliteit van het optreden van overheden – waaronder ook toezichthouders – pleegt aanmerkelijk genuanceerder te zijn dan dat. Dit punt wordt hierna belicht, wanneer de voorlichtingsactiviteiten van DTe aan de orde zijn.

geconcretiseerd en die aan de zich ontwikkelende marktomstandigheden kunnen worden aangepast. Met het oog op legitimiteit zou kunnen worden voorgeschreven die concretisering en die aanpassing tot stand te laten komen met behulp van deugdelijke consultatieprocedures, zoals de procedures die thans zijn voorgeschreven inzake de codes.

In dit verband roepen rapporteurs de ontwikkeling van de energiewetten zoals die in hoofdstuk 2 werd beschreven in herinnering. De wetgever heeft zich blijkens die beschrijving een groot aantal onderwerpen inzake de energievoorziening aangetrokken, wat heeft geresulteerd in een vrijwel permanent proces van wetgeving in formele zin, waarbij met enige regelmaat wijzigingen van recente wetgeving nodig zijn. Juridisch is het niet per se noodzakelijk al deze onderwerpen in de wet in formele zin te regelen. Hiervoor werd al gerefereerd aan de Aanwijzingen die regelgeving door een ZBO toe kunnen staan.

Ook de Europese richtlijnen eisen dit niet. Nog daargelaten, dat implementatie niet per se bij wet in formele zin hoeft te geschieden maar dat lagere regelgeving in beginsel volstaat, is het ook zo dat de richtlijnen 2003/54/EG (derde elektriciteitsrichtlijn) en 2003/55/EG (tweede gasrichtlijn) en de daaraan voorafgaande richtlijnen 96/92/EG en 98/30/EG (tweede elektriciteitsrichtlijn) – enkele onderwerpen uitgezonderd – doorgaans niet verplichten tot wetgeving van zodanig gedetailleerd, technisch of operationeel niveau. De richtlijnen stellen hoofdzakelijk in algemene termen gevatte doelen en verplichtingen, zoals het verbod van discriminatie tussen netgebruikers door netbeheerders (artikelen 9 en 14 richtlijn 2003/54/EG en artikelen 8 en 12 richtlijn 2003/55/EG), de verplichting van de netbeheerder om te zorgen voor een veilig, betrouwbaar en efficiënt net (artikel 9 richtlijn 2003/54/EG en artikelen 8 en 12 richtlijn 2003/55/EG), de verplichting van lidstaten om zorg te dragen voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transport- en distributienetten, gebaseerd op gepubliceerde tarieven die voor alle in aanmerking komende afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen de gebruikers van het net (art. 20 richtlijn 2003/54/EG en artikelen 19 en 20 richtlijn 2003/55/EG).²⁵

²⁵ Uiteraard zijn er wel onderwerpen die wél gedetailleerde implementatie vragen. Als onderwerpen waarvoor de richtlijnen wel een gedetailleerde regeling van de lidstaten verlangen, kunnen worden genoemd de onafhankelijkheid van netbeheerders (zie artt. 10, 15 en 17 richtlijn 2003/54 en artt. 9, 13 en 15 richtlijn 2003/55), de boekhoudkundige verplichtingen van energiebedrijven (artt. 18 en 19 richtlijn 2003/54 en artt. 16 en 17 richtlijn 2003/55) en de voorwaarden die energieleveranciers ten aanzien van consumenten mogen hanteren (art. 3 lid 5 jo. bijlage A richtlijn 2003/54 en 3 lid 3 jo. bijlage A richtlijn 2003/55).

Open normen geven de mogelijkheid de toezichthouder een duidelijke opdracht te geven die deze op rechtstatelijke wijze kan concretiseren. Aldus kan het regulatoire beleid zich soepel aanpassen aan de markontwikkelingen. Dat kunnen autonome ontwikkelingen zijn, maar dat kan ook strategisch gedrag van marktpartijen zijn. Strategisch gedrag is op sterk gereguleerde markten allerminst ongewoon. Veelal wordt dan als eerste gedacht aan gevestigde dienstenaanbieders, maar ook afnemers kunnen regulering naar hun hand zetten, bijvoorbeeld als het gaat om het verwerven van aansluitingen tegen gereguleerde tarieven (windparken), een probleem dat thans voorwerp is van voorstellen tot aanpassing van wetgeving maar dat bij gebruik van open normen vermoedelijk al eerder had kunnen worden opgelost.

Rapporteurs willen bij deze aanbeveling uiteraard niet uit het oog verliezen, dat de levering en het transport van energie essentiële diensten zijn, terzake waarvan de wetgever randvoorwaarden wil stellen. Dat neemt volgens rapporteurs niet weg, dat de huidige wetgeving op de energiemarkten de wetgever meer dan noodzakelijk dwingt tot een vrijwel voortdurend proces van aanpassing.

2.6.4 Administratieve lasten

Vooraf met betrekking tot de elektriciteitsmarkt geven de enquête en interviews een indicatie, dat de administratieve lasten als zeer aanzienlijk worden ervaren. Ook bij de bespreking van de consumentenmarkt zal naar voren komen, dat leveranciers – met name nieuw toetredende leveranciers – aangeven de administratieve lasten verbonden aan de dienstverlening en aan rapportageplichten jegens DTe zwaar te vinden, en van oordeel te zijn dat deze als toetredingsdrempel voor nieuwe toetreders worden ervaren en beperkend werken op productontwikkeling.

Zonder te kunnen zeggen, dat het onderzoek het realiteitsgehalte van deze klachten aantoonde – daarvoor zijn er te veel methodologische beperkingen – menen rapporteurs wel dat overweging verdient de mogelijkheid van administratieve lastenverlichting te onderzoeken. Daarbij speelt ook een rol, dat ook van de zijde van DTe kan worden beluisterd dat sommige informatieplichten wel eens te ruim of te zwaar geformuleerd zouden kunnen zijn, zoals verplichtingen inzake stroometikettering en verplichtingen van netbeheerders inzake inputgegevens in de situatie waarin DTe uiteindelijk slechts op output van netbeheerders stuurde.

3 Consumentenmarkt

3.1 Beleidsdoelstellingen en wetgeving algemeen

3.1.1 Beschrijving

Met de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet werd gekozen voor een geleidelijke marktopening. De markt voor de kleinverbruikers werd daarbij als laatste marktsegment geliberaliseerd. Zolang voor de kleinverbruikers keuzevrijheid ontbrak, werden zij aangemerkt als beschermde afnemers: afnemers die juist vanwege het gebrek aan keuzevrijheid bescherming behoeften tegen onredelijke voorwaarden en tarieven. Het streven om door liberalisering van de markt en de daarmee gepaard gaande concurrentie meer keuzevrijheid voor en een betere dienstverlening aan afnemers te realiseren, had echter ook betrekking op kleinverbruikers.

Bij de vaststelling van de Gaswet werd voorzien in de invoering van een vergunningstelsel voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. Daarmee werd beoogd te bewerkstelligen dat kleinverbruikers ook na de liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt zouden kunnen rekenen op een betrouwbare energievoorziening tegen redelijke voorwaarden en tarieven.

Met de inwerkingtreding van de I & I-wet werd een krachtige impuls gegeven aan de bescherming van consumenten in relatie tot leveranciers en netbeheerders. De versterking van de positie van consumenten op de geliberaliseerde EU-markt voor elektriciteit en gas was zelfs de hoofddoelstelling van deze wet. Met de wet werden bepalingen aan de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet toegevoegd die betrekking hebben op misleidende of oneerlijke verkoopmethoden, contractuele voorwaarden, tarieven en transparante informatie over tarieven en voorwaarden.

Samengevat kunnen voor de consumentenmarkt de volgende beleidsdoelstellingen worden genoemd:

- meer keuzevrijheid;
- een betere dienstverlening door de energiebedrijven;
- de waarborging van een betrouwbare energievoorziening;
- bescherming tegen onredelijke voorwaarden en tarieven;
- bescherming tegen misleidende of oneerlijke verkoopmethoden.

De eerste twee doelstellingen zijn gediend met de inmiddels gerealiseerde liberalisering van de markt voor kleinverbruikers. Sinds 1 januari 2001 kon deze groep zelf kiezen uit leveranciers voor afname van duurzame elektriciteit. Sinds 1 juli 2004 is ook de levering van grijze stroom en gas vrijgegeven, en kunnen afnemers zelf hun energieleverancier kiezen. Het netbeheer blijft een monopolie. Om te bereiken dat na de liberalisering ook daadwerkelijk keuzevrijheid voor afnemers en mededinging

tussen energiebedrijven ontstaan, is bij de inwerkingtreding van de I & I-wet voorzien in een zogenaamde 'switchverplichting' voor netbeheerders. Wisselt een afnemer van leverancier, dan dient de netbeheerder deze wisseling op grond van artikelen 24a Elektriciteitswet 1998 en 17a Gaswet uit te voeren overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels.

Voor het bereiken van de drie laatstgenoemde doelstellingen – samen te vatten onder de noemer van bescherming van de positie van de kleinverbruiker – bevatten de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet een aantal mechanismen. Allereerst hebben leveranciers een vergunning nodig voor het leveren aan kleinverbruikers. Voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning is dat vergunningaanvragers aantoonbaar over kwaliteiten beschikken om hun taak goed uit te voeren (paragrafen 8.1a Elektriciteitswet 1998 en 5.3 Gaswet). Aan de vergunningplicht is tariefbescherming verbonden, in die zin dat DTe aan vergunninghouders een (individueel) maximumtarief kan opleggen, indien de vergunninghouder naar het oordeel van DTe geen redelijke tarieven bij kleinverbruikers in rekening brengt.

Zoals gezegd is de regelgeving door inwerkingtreding van de I & I-wet in 2004 uitgebreid met regels gericht op bescherming van consumenten tegen oneerlijke of misleidende verkoopmethoden, eisen aan contractuele voorwaarden, transparante informatie over geldende tarieven en voorwaarden en het recht tot opzegging. Deze regels zijn te vinden in paragrafen 8.1c Elektriciteitswet 1998 en 5.3a Gaswet. Zij gelden naast en in aanvulling op de consumentenbescherming die reeds door het Burgerlijk Wetboek wordt geboden. De Elektriciteitswet 1998 kent voorts ook op transparantie gerichte bepalingen (artikelen 95k en 95l) over stroometikettering, op basis waarvan producenten en leveranciers verplicht zijn informatie te verschaffen over opwekkingsgegevens en de brandstofmix van elektriciteit.

Een en ander is onder meer uitgewerkt in het Besluit vergunning levering gas en elektriciteit aan kleinverbruikers²⁶ en de ministeriële regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet.²⁷ Verder is er het Besluit leveringszekerheid

²⁶ Besluit van 8 mei 2003, houdende regels voor de vergunning voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers) en Besluit van 2 juni 2003, houdende regels voor de vergunning voor levering van gas aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers); Deze regeling is gebaseerd op de Elektriciteits- en Gaswet zoals gewijzigd bij de wet van 1 juli 2004 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet en geeft onder meer nadere regels omtrent afnemersbelangen, switch, de monitoring van de voorzienings- en leveringszekerheid en stroometikettering.

²⁷ Ministeriële regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet en Gaswet; Hiermee zijn er voor de houders van een vergunning tot levering van gas of elektriciteit aan kleinverbruikers nieuwe verplichtingen ontstaan met betrekking tot het aangaan van overeenkomsten met kleinverbruikers.

Gaswet²⁸, dat kleinverbruikers op extreem koude dagen of op het moment dat hun eigen leverancier bijvoorbeeld failliet gaat de zekerheid van levering van gas wil bieden. Voor elektriciteit is dit op vergelijkbare wijze geregeld in de Systeemcode. Een aantal van deze op consumentenbescherming gerichte bepalingen is uitgewerkt in beleidsregels, zoals de Beleidsregel factureringstermijnen energie²⁹ en de Beleidsregel redelijke opzegvergoedingen vergunninghouders.³⁰

3.1.2 Bevindingen marktpartijen

Gevraagd naar de mogelijkheid de regelgeving op het stuk van elektriciteit door betere alternatieven te vervangen, ziet een (kleine) meerderheid van de respondenten geen mogelijkheden om de consumentenmarkt voor elektriciteit zelf effectiever te regelen (volgens 22% zijn mogelijkheden er niet en 34% weet het niet of heeft de vraag niet ingevuld). Minder dan de helft van de respondenten geeft aan dat de sector zelf de consumentenmarkt effectiever zou kunnen regelen. Er wordt aan deze stelling geen nadere invulling gegeven.

Van de kant van de consumenten wordt aangegeven dat de Elektriciteitswet 1998 weliswaar voldoende nadruk legt op bescherming van consumenten en daartoe ook effectieve rechtsmiddelen biedt, maar dat het voor effectieve concurrentie belangrijk is dat consumenten ook toegerust worden ('empowered') zijn om daadwerkelijk van hun rechtspositie gebruik te maken.

Van de kant van leveranciers (gevestigde en nieuwe) wordt aangegeven dat de wet- en regelgeving onvoldoende ruimte laat voor productdifferentiatie en innovatie. Hierdoor leidt de wet- en regelgeving tot belemmering van de concurrentie. Als voorbeelden worden genoemd:

- de algemene voorwaarden. In de leveringsvergunning is voorzien in onafhankelijke geschillenbeslechting. Alle partijen hebben zich daartoe aangesloten bij de geschillencommissie. Voorwaarde van deze geschillencommissie is echter dat er één set is van algemene voorwaarden. EnergieNed heeft deze algemene set voorwaarden ontwikkeld en alle leden

²⁸ Besluit leveringszekerheid Gas van 13 april 2004; regelt de pieklevering van gas in Nederland bij temperaturen vanaf -9 C, de procedure voor intrekking van de vergunning bij faillissement en de gevolgen hiervan voor de kleinverbruiker.

²⁹ Beleidsregel factureringstermijnen energie van 11 februari 2005.

³⁰ Beleidsregel redelijke opzegvergoedingen vergunninghouders van 14 maart 2005. Opzegvergoedingen mogen in beginsel in rekening worden gebracht aan consumenten die voortijdig hun contract opzeggen. Naar aanleiding van een klacht over de hoogte van opzegvergoedingen heeft DTe een consultatie gehouden die is uitgemond in de beleidsregel dat, kort gezegd, een opzegvergoeding voor consumenten niet meer dan € 4,50 per contract mag bedragen.

hanteren deze algemene voorwaarden. Hierdoor hebben alle partijen dezelfde algemene voorwaarden, en is er dus weinig ruimte voor productdifferentiatie.

- betalingstermijnen;
- keuze tussen een laag tarief en zwaar contract of hoog tarief en zeer goede service is niet mogelijk;
- de verplichting op grond van artikel 95b lid 2 Elektriciteitswet 1998 om een tarief vier weken van tevoren aan te melden voordat het in de markt mag worden gezet.

Bij gas ziet de helft van de respondenten betere manieren dan het wettelijk kader om de doelstellingen voor de consumentenmarkt te realiseren. De volgende voorbeelden worden gegeven:

- eigen producten van de sector die moeten beantwoorden aan wettelijke doelen (gasvoorwaarden en tariefstelling);
- geen detailregelgeving specifiek voor de energiesector, maar meer in evenwicht met het algemene verbintenisrecht;
- meer ruimte laten voor marktwerking en product- en serviceniveau-diversiteit.

3.1.3 Beschouwing

Evident is, dat de belangen van consumentenbescherming en marktwerking met elkaar kunnen botsen. Op de meeste markten laten deze belangen zich echter heel wel met elkaar verzoenen, en heeft de omstandigheid dat de overheid regels stelt ter bescherming van consumenten tot gevolg, dat aanbieders weliswaar enigermate in hun concurrentiële vrijheid worden beperkt, maar dat desniettemin wel degelijk diensten of producten door verschillende aanbieders en in concurrentie kunnen worden aangeboden. Voorbeelden zijn de markt voor gebruikte auto's (die realiter niet zonder de wettelijk verplichte APK-keuring kunnen worden verkocht) en markten voor financiële diensten (waar de Wet Financiële Dienstverlening randvoorwaarden stelt). Voor beide markten geldt, dat de regelgeving het aanbod normeert en dus een zekere beperking in productdifferentiatie en marktwerking inhoudt (en ook kostenverhogend werkt) maar voor beide markten geldt tevens, dat deze effecten au fond aan marktwerking niet in de weg staan.

Naar het oordeel van rapporteurs is aannemelijk, dat de retailmarkten voor energie hiervan echter wezenlijk verschillen. De energiekosten worden voor een zeer belangrijk deel bepaald door de inkoopkosten van de commodity en, vooral bij elektriciteit, door de transportkosten. Voor beide kostensoorten lijkt wel te gelden - naar marktpartijen stellen en door de DTe ook is vastgesteld - dat deze vergaand homogeen zijn, de eerste doordat de groothandelsmarkt weinig liquide is en leveranciers vrijwel dezelfde inkoopkosten hebben en de tweede omdat de transportkosten eenvoudigweg identiek zijn. Vertrekpunt lijkt dus wel te moeten zijn,

dat leveranciers van energie veel minder dan autoverkopers en hypotheekverstrekkers op prijs kunnen concurreren.

Tegen die achtergrond lijken de bedenkingen die met name van de zijde van nieuw toetredende leveranciers werden geuit tegen de in hun waarneming voor productinnovatie en –differentiatie beperkende of zelfs prohibatieve reguleringsdichtheid niet zonder overtuigingskracht. Wanneer de prijsconcurrentie en –differentiatie al beperkt mogelijk is en leveranciers bovendien prijzen vier weken voor de toepassing ervan dienen te melden, dan worden hun mogelijkheden om een retailprijs toe te passen waarin een inkoopvoordeel voor de commodity wordt doorgegeven heel beperkt, evenals hun mogelijkheden om te reageren op het prijsbeleid van concurrenten. Hiervoor werd beschreven, dat het in het kader van de vergunningverlening gehanteerde voorschrift van aansluiting bij een geschillencommissie daarnaast de facto tot gevolg heeft dat ook de contractuele leveringscondities verregaand worden gehomogeniseerd.

Er lijken voor leveranciers dus inderdaad weinig mogelijkheden te zijn om naar de gunst van de kleinverbruiker te dingen. Daarmee wil uiteraard niet gezegd zijn, dat de wetgever de bepalingen ter bescherming van kleinverbruikers zou moeten afschaffen. Aangezien het hier echter om een onbedoeld effect lijkt te gaan van een wetgevingsproces dat in beginsel ook en met name in de sleutel van marktwerking wil staan, verdient het overweging de belangen die met deze beschermende regelgeving worden gediend af te wegen tegen de mogelijke mededingingsbeperkende effecten. In elk geval verdient het overweging het domein van de beschermende bepalingen te herformuleren om te bewerkstelligen dat zakelijke kleinverbruikers buiten dit bereik vallen, aangezien deze groep afnemers een voorkeur lijkt te hebben voor een vrijere contractsvorming inzake energie, teneinde meer dan thans van marktwerking te kunnen profiteren.

3.2 *Monitoringsactiviteiten*

3.2.1 Beschrijving

Artikel 5, lid 2 Elektriciteitswet 1998 draagt DTe op de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt te monitoren. DTe brengt in het kader van de monitoring ondermeer de marktconcentratie, de mate van transparantie op de kleinverbruikersmarkt en het consumentenvertrouwen in kaart. De resultaten daarvan worden voor beleidsontwikkeling gebruikt, bijvoorbeeld voor prioritering van onderzoek naar klachtenafhandeling en administratieve procedures van netbeheerders. Die resultaten worden ook gebruikt voor het opstellen van Economic Policy Notes en Regulatory Policy Notes, documenten bedoeld om zowel intern als extern evaluatie van en discussie over het door DTe gevoerde en te voeren beleid te faciliteren.

3.2.2 Bevindingen marktpartijen

Van de kant van (klein)zakelijke gebruikers en consumenten wordt aangegeven dat zij positief staan tegenover de monitoring door DTe en bekendmaking van resultaten op de DTe-website.

3.2.3 Beschouwing

In het onderzoek zijn geen bevindingen naar voren gekomen die aanleiding zouden geven suggesties voor wetswijziging te doen. Afgezien daarvan schrijven de Europese richtlijnen marktmonitoring voor.

3.3 Voorlichtingsactiviteiten

3.3.1 Beschrijving

Hoewel de energiewetgeving de DTe niet uitdrukkelijk belast met voorlichtingstaken, verricht DTe diverse activiteiten op het gebied van consumentenvoorlichting. Achtergrond daarvan is het belang van transparantie in de markt, een belang dat wel uitdrukkelijke erkenning vindt in de regelgeving. In de visie van DTe draagt transparantie eraan bij dat de consument betere allocatieve keuzes kan maken en dat leveranciers tot betere en concurrerende(r) prestaties worden aangespoord.

In het kader van voorlichting publiceert DTe de prestaties van verschillende energiebedrijven bij de afhandeling van hun administratieve processen en wordt de kwaliteit van prijsvergelijkingsites beoordeeld.³¹

3.3.2 Bevindingen marktpartijen

Van de kant van (klein)zakelijke gebruikers en leveranciers wordt aangegeven dat zij niet positief staan tegenover de vergelijking die DTe heeft gemaakt tussen prijsvergelijkingsites. Dit dient door afnemers zelf te gebeuren. Van de zijde van consumenten wordt evenwel aangegeven, dat het optreden van DTe juist meer gericht zou moeten worden op het bevorderen van goede economische beslissingen van consumenten, en voorlichting past in die aansporing.

³¹ DTe publiceert op de website ook de spreiding in energietarieven, maar voor afnemers geeft dat geen voor leverancierskeuze toerekenende informatie omdat deze, nog daargelaten de beperkte actualiteit ervan, niet per leverancier wordt weergegeven.

3.3.3 Beschouwing

Hiervoor is aangegeven, dat van de zijde van de consumenten werd aangegeven, dat overweging zou verdienen te zoeken naar mechanismen aan de hand waarvan consumenten meer dan thans daadwerkelijk in staat zouden zijn van hun rechtspositie en van marktwerking in de energie te profiteren. Een van de mechanismen waaraan dan gedacht zou kunnen worden is (vergelijkende) voorlichting van de zijde van DTe over tarieven, leveringscondities, service, en, meer in het algemeen, alle aspecten die bezien vanuit de preferenties van consumenten relevant zijn.

Dergelijke voorlichtingsactiviteiten zouden niet alleen de voorlichtingskosten van leveranciers kunnen beperken – dergelijke kosten drukken relatief zwaar op nieuwe en kleinere leveranciers – maar zouden ook tot betere allocatiebeslissingen van de consument kunnen leiden. Feit is, dat DTe vanuit het evidente belang van transparantie dergelijke activiteiten tot op zekere hoogte al ter hand heeft genomen, echter zonder dat DTe een duidelijke en welomlijnde taakstelling terzake heeft. Zo kennen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet bijvoorbeeld geen met artikel 18.7, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet vergelijkbare bepaling, op grond waarvan OPTA is belast met de taak om – met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector – informatie bekend te maken met betrekking tot onder meer aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken.

Overweging verdient dan ook na te gaan, of DTe hier een wettelijk vast te leggen taak zou moeten hebben, en stil te staan bij de vraag welke omvang die taak dan zou moeten hebben. Daarmee wil overigens niet gezegd zijn, dat de voorlichting zoals DTe die thans verzorgt onbevoegd of zelfs onrechtmatig zou zijn. Van bevoegd handelen door bestuursorganen is niet slechts sprake, indien de formele wet een uitdrukkelijke daartoe strekkende taakopdracht zou bevatten.³² Uit de jurisprudentie kan overigens

³² Vgl. bijvoorbeeld:

CBb 23 april 2004, LJN: AO9530, waarin het CBb overwoog: "Ook al kent de Gaswet bijzondere bepalingen die verband houden met transportzekerheid en leveringszekerheid (waaronder het eerst na het bestreden besluit in werking getreden artikel 51a), niet valt in te zien dat verweerder het niet tot zijn verantwoordelijkheid zou mogen rekenen dat de leveringszekerheid niet in gevaar wordt gebracht als gevolg van door hem voor te schrijven tarieven."

en Rechtbank Den Haag 2 juli 2003, n.n.g. in een geschil tussen OPTA en KPN waarin OPTA-voorlichting werd aangevochten onder meer met de op zich zelf juiste maar irrelevant bevonden stelling, dat de telecommunicatiewetgeving aan OPTA geen voorlichtingstaak opdroeg: "Hedendaagse inzichten brengen mee dat de onafhankelijkheid van marktautoriteiten -zoals OPTA - publieke verantwoording vergt en derhalve transparantie in besluitvorming en optreden (...).

(...)

worden afgeleid, dat DTe bij bevoegdijk gegeven voorlichting zeer zorgvuldig te werk moet gaan. Voorlichting die "een verkeerde indruk wekt" of onvoldoende rekening houdt met de belangen van degenen wiens gegevens het betreft, kan bijvoorbeeld onrechtmatig worden bevonden.³³ Ook moet zeer terughoudend worden omgegaan met eventuele, commercieel gevoelige informatie.³⁴

Hoewel het ontbreken van een wettelijke regeling niet betekent dat DTe onrechtmatig handelt wanneer zij voorlichting geeft, neemt dat niet weg, dat in casu alle betrokken partijen van oordeel zijn dat de formele wetgeving onvoldoende houvast en onvoldoende rechtszekerheid biedt. Dat rechtvaardigt de aanbeveling de vastlegging van doelstellingen, taken en verantwoordelijkheden onder de loep te nemen.

Voor wat betreft de bedenkingen tegen het betrekken van kleinzakelijke gebruikers in bepalingen gericht op consumentenbescherming verdient overweging deze te betrekken bij eventuele heroverweging van de omvang van het domein van de beschermingsbepalingen van de energiewetten: deze afnemers geven zelf aan buiten dit domein te willen worden gebracht, en dan ligt in de rede dat DTe ook de voorlichtingsactiviteiten beleidsmatig niet langer richt op de kleinzakelijke gebruiker.

3.4 *Wet openbaarheid van bestuur*

3.4.1 Beschrijving

In verlengde van het voorgaande verdient ook de toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) op het handelen van DTe de aandacht. Hoofddregel van de Wob is dat alle onder een bestuursorgaan berustende documenten over een bestuurlijke aangelegenheid openbaar zijn, tenzij een van de in artikel 10 of 11 Wob genoemde uitzonderingsgronden zich voordoen. Zo behoeven op grond van de Wob bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet openbaar gemaakt te worden (artikel 10, eerste lid, onder c, Wob). De wet onderscheidt openbaarmaking op verzoek (artikel 3) en actieve openbaarmaking (artikel 8).

De Wob is niet van toepassing, indien een bijzondere wet een openbaarmakingsregeling bevat die toepassing van de Wob uitsluit. DTe heeft zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat de artikelen 34 en 35 Gaswet zo'n openbaarmakingsregeling bevatten en dat daardoor de Wob niet van toepassing was. Derden zouden daardoor niet met een beroep op de Wob bij DTe om openbaarmaking

Een en ander betekent dat OPTA niet reeds door het voeren van een voorlichtingscampagne -ongeacht de inhoud ervan - onrechtmatig c.q. in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld."

³³ Hof Den Haag 24 februari 2005, LJN: AS9694 en Hof Den Haag 14 april 2005, rolnummer 03/1373, LJN: AT3883.

³⁴ President Rechtbank Den Haag, 6 juli 2001, DTe/ Gasunie, n.g.

van informatie kunnen verzoeken. Rechtbank Den Haag heeft dat standpunt niet gevolgd.³⁵ Volgens de rechtbank biedt de parlementaire geschiedenis van de artikelen 34 en 35 Gaswet geen aanknopingspunten om aan te nemen, dat de wetgever met deze bepalingen een bijzondere, uitputtend bedoelde openbaarmakingsregeling in het leven heeft willen roepen. DTe heeft tegen de uitspraak geen hoger beroep ingesteld. Overigens neemt de NMa een vergelijkbaar standpunt in. In de opvatting van de NMa bevatten de artikelen 90 en 91 Mededingingswet een bijzondere openbaarmakingsregeling die aan toepassing van de Wob in de weg staat. De Rechtbank Arnhem heeft dit standpunt onlangs verworpen.³⁶ De NMa heeft tegen de uitspraak hoger beroep ingesteld.

Vermeldenswaardig is nog de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 31 mei 2005.³⁷ De Afdeling heeft in deze uitspraak bepaald dat wanneer een bestuursorgaan eigener beweging op grond van artikel 8 Wob³⁸ informatie openbaar maakt waarbij belangen als bedoeld in artikel 10 Wob zijn betrokken, dat als een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb moet worden beschouwd. Dat betekent dat tegen dat besluit bezwaar en beroep open staan.

3.4.2 Bevindingen marktpartijen

Over de toepassing van de Wob hebben respondenten en marktpartijen geen opmerkingen gemaakt.

3.4.3 Beschouwing

Nu DTe geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 10 oktober 2002 en ook de Rechtbank Arnhem over soortgelijke bepalingen als artikel 90 en 91 Gaswet heeft geoordeeld dat zij toepassing van de Wob niet uitsluiten, moet er, zo lang de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet anders oordeelt, rekening mee worden gehouden dat de Wob 'gewoon' op DTe van toepassing is.

³⁵ Rechtbank Den Haag, 10 oktober 2002, reg.nr. AWB 01/3091 BESLU, n.n.g.

³⁶ Rechtbank Arnhem 3 juli 2006, AWB 05/931, LJN: AY3536.

³⁷ ABRvS 31 mei 2005, LJN: AX6362.

³⁸ Artikel 8 Wob bepaalt dat het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, uit eigen beweging informatie verschaft over het beleid, de voorbereiding en uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

3.5 *Switchen*

3.5.1 Beschrijving

Wil marktwerking tot stand kunnen komen, dan zullen afnemers daadwerkelijk van leverancier moeten kunnen wisselen (switchen). De Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet bevat daartoe inmiddels regels en randvoorwaarden.

Het switchproces was aanvankelijk alleen geregeld in de NetCode, en wel op basis van artikel 31 lid 1, onderdeel a, van de Elektriciteitswet 1998. In verband met klachten over switchen heeft DTe op 14 maart 2002 de markt aangekondigd dat hij daadwerkelijk zal toezien op het correct functioneren van de betrokken partijen in verband met het switchproces. Op 28 maart 2002 zijn de regels (bijlage 1 van de NetCode) voor het switchen in werking getreden. In 2002 heeft DTe een aantal klachten over netbeheerders inzake het switchproces behandeld.

De monitoring van het switchproces heeft sedertdien bij DTe geen structurele problemen bij het switchproces meer aan het licht gebracht, zodat nadere maatregelen niet nodig bleken. In 2004 werd nog wel een klacht ingediend. Na informatieverzoeken dienaangaande kwamen geen structurele problemen aan het licht. DTe zag geen noodzaak voor handhavend optreden, en DTe heeft momenteel geen aanwijzingen dat het switchproces problematisch zou verlopen.

3.5.2 Bevindingen marktpartijen

Eén respondent geeft aan dat aantoonbare fouten van de netbeheerders met betrekking tot switchen en doorgifte van meetdata tot grote schade hebben geleid. Deze respondent wijt dit aan het ontbreken van bepalingen in het wettelijke kader.

In de interviews vroegen leveranciers en netbeheerders aandacht voor het feit dat in de Elektriciteitswet 1998 niets is geregeld over de marktfaciliterende rol van de netbeheerders, zoals ook bij (de problemen bij) switchen in beeld komt. Vanuit de leveranciers wordt daarbij aangegeven dat de wet- en regelgeving geen "incentives" geeft voor netbeheerders deze verplichtingen, die wel essentieel zijn voor marktwerking, na te komen.

Van de zijde van consumenten werden geen problemen inzake het switchproces aangegeven. Weliswaar werd blijkens de door DTe gepubliceerde rapportage over klachten (onder meer over switchen) in 2005 nog een toegenomen aantal klachten gerapporteerd, maar bekendmaking van de onderzoeksbevindingen dienaangaande heeft tot aanmerkelijke verbetering geleid.

3.5.3 Beschouwing

Rapporteurs zien in de bevindingen vanuit de markt onvoldoende aanleiding voor de conclusie dat de regelgeving inzake switchen niet adequaat zou functioneren. Rapporteurs menen integendeel dat die regelgeving, wellicht een enkel incident daargelaten, toereikend lijkt voor bewerkstelligen van adequate switchmogelijkheden.

Rapporteurs merken overigens op dat de regelgeving, waaronder de codes, voorschriften geeft omtrent switchen en omtrent datadoorgifte die niet alleen bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden, maar desgewenst ook civielrechtelijk afdwingbaar zijn³⁹. Leveranciers die menen dat netbeheerders onvoldoende bijdragen aan switchen kunnen dus de civielrechtelijke weg bewandelen.

3.6 *Stroometikettering*

3.6.1 Beschrijving

Leveranciers zijn uit hoofde van de artikelen 95j en 95k Elektriciteitswet 1998 verplicht hun afnemers jaarlijks bij de eindafrekening inzicht te geven in de herkomst (brandstofmix) en daarmee de milieukwaliteit van de geleverde stroom. Het stroometiket draagt daarmee bij aan transparantie en aan het bevorderen van marktwerking en concurrentie. Voor de goede orde: het stroometiket geeft geen informatie over de elektriciteit die door de desbetreffende afnemer wordt afgenomen.

Om stroometikettering mogelijk te maken dienen producenten en handelaren uiterlijk twee maanden na 1 januari de opwekkingsgegevens van geproduceerde en/of verhandelde elektriciteit te melden, aldus artikel 95k lid 2 Elektriciteitswet 1998.

In praktijk zijn lang niet alle opwekkingsgegevens beschikbaar. Producenten zijn in de regel wel in staat op te geven welke (brandstof)herkomst de elektriciteit die zij produceren heeft en het overgrote merendeel van hen doet dan ook adequaat opgave daarvan. Anders dan producenten zijn handelaren echter maar heel beperkt in staat de herkomst van de elektriciteit die zij verhandelen vast te stellen. Voor leveringen waarvan de opwekkingsgegevens niet te achterhalen zijn, staat DTe daarom toe dat wordt geëtiketteerd overeenkomstig de nationale brandstofmix.

³⁹ Vgl. Hof Amsterdam 13 april 2006, *Westland Energy Services vs. ENBU, n.n.g.*, bij welke uitspraak het Hof schending van regels in codes als onrechtmatige handeling kwalificeert.

DTe doet dan ook geen handhavingsinspanningen om ontbrekende productiegegevens in te zamelen. De administratieve lasten en de handhavingslasten daarvan zouden (te) aanzienlijk zijn en informatieverstrekking op die basis zou voor wat betreft leveranties door handelaren toch in stroometikettering door kunnen werken.⁴⁰

3.6.2 Bevindingen marktpartijen

Volgens één van de respondenten levert de *ex ante* brandstofmix geen verbetering in transparantie of functioneren van de markt en sluit dit niet aan op de Europese praktijk Garantie van Oorsprong. Verschillende geïnterviewden – met name nieuw toegetrede leveranciers – geven aan, dat stroometikettering behoort tot de voorbeelden van de zware administratieve lasten die met name voor nieuwe leveranciers problematisch zijn, zowel qua kosten als qua productdifferentiatie.

Van de zijde van DTe wordt de juistheid van deze klachten vanuit de markt tot op zekere hoogte onderschreven. DTe voegt daaraan toe, dat niet alleen de data op basis waarvan gegevens aan de eindgebruiker worden verstrekt gebrekkig kunnen zijn, maar dat ook de informatieverstrekkingregels knelpunten opleveren, zoals de eis dat jaarlijks voor 1 april de brandstofmix bekend moet worden gemaakt, terwijl de facturering van klanten een ander ritme kan kennen. DTe vraagt in dat verband ook aandacht voor de effecten van het nog in werking te treden artikel 95l Electriciteitswet 1998.

3.6.3 Beschouwing

Rapporteurs menen dat er reden is om aan te nemen dat de regels inzake stroometikettering i) administratief te stringent zijn en ii) stringenter zijn dan door de kwaliteit van de input van brandstofgegevens wordt gerechtvaardigd. Rapporteurs doen dan ook de aanbeveling na te gaan, of deze regels niet versoepeld kunnen worden. Het voorgestelde zesde lid van artikel 95k Electriciteitswet 1998 – dat in uitzonderingsgevallen afwijking van de regels mogelijk wil maken – voorziet daarin tot op zekere hoogte, maar is tot uitzonderingen beperkt, terwijl het volgens de marktbevindingen – die door waarnemingen van DTe worden ondersteund – om een structurele aspecten gaat.

⁴⁰ Het ontwerp voor de Veegwet voorziet in uitbreiding van artikel 95k met een zesde lid: "van de verplichtingen in dit artikel kan uitsluitend gemotiveerd worden afgeweken". Met deze bepaling zal wettelijke ruimte worden geboden voor een beleid dat rekening houdt met deze realiteit.

3.7 *Tarieftoezicht*

3.7.1 Beschrijving

De artikelen 95b Elektriciteitswet en 44 Gaswet geven DTe de mogelijkheid om bij nog onvoldoende functionerende commoditymarkten de kleinverbruiker te beschermen tegen onredelijke tarieven, aangerekend door de (vergunninghoudende) leverancier. Deze regeling kan bij KB worden ingetrokken indien de markt afdoende functioneert en de consumentenbescherming niet meer nodig is.

DTe toetst de tarieven daartoe aan een door DTe vertrouwelijk gehouden model, waarin voor verschillende typen dienstverlening (bijvoorbeeld grijze stroom, jaarcontract en enkeltarief) de som van kosten en marge wordt uitgerekend. De uitkomst daarvan wordt vergeleken met de tarieven die leveranciers tweemaal per jaar dienen op te geven. DTe kiest ervoor om ruime bandbreedtes te hanteren, dit om product- en tariefdifferentiatie mogelijk te blijven maken.

DTe heeft een aantal keren leveranciers op hun tarieven aangesproken, waarna deze tarieven werden aangepast. Voor de inzet van juridische instrumenten was nog geen aanleiding.

3.7.2 Bevindingen marktpartijen

Geen van de respondenten/geinterviewden heeft over dit onderwerp opmerkingen gemaakt.

3.7.3 Beschouwing

DTe onderkent, dat de gekozen systematiek van toetsen – zeker ook gegeven het feit, dat er voor leveranciers omvangrijke en onvermijdbare kosten zijn, zoals de inkooprij van commodity – aan leveranciers een zekere bandbreedte van handelen biedt. Aangezien die aanpak ruimte laat voor productdifferentiatie, strookt die keuze naar het oordeel van rapporteurs ook met de doelstellingen van de regelgeving: marktwerking onder randvoorwaarden.

Hierboven is al stilgestaan bij de omstandigheid, dat de rechtspraak ook strengere regulering mogelijk maakt op basis van een open norm zoals verwoord in de artikelen 95b Elektriciteitswet en artikel 44 Gaswet. Mochten de mededinging en de prijsvorming op energiemarkten daartoe aanleiding geven, dan zou DTe met andere woorden ook tot een stringenter beleid bevoegd zijn.

Naar het oordeel van rapporteurs functioneren de onderhavige bepalingen adequaat en is er dan ook geen reden wijziging van regelgeving in overweging te geven.

3.8 Administratieve processen (dienstverlening)

3.8.1 Beschrijving

Leveranciers die aan kleinverbruikers leveren moeten beschikken over een leveringsvergunning (artikelen 95a lid 1 Elektriciteitswet en 43 lid 1 Gaswet). In het Besluit vergunning levering gas en het Besluit vergunning levering elektriciteit⁴¹, is vastgelegd, dat de leverancier een goede administratieve organisatie moet hebben.

De artikelen 95b Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 lid 1 Gaswet bepalen dat een vergunninghouder de plicht heeft op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit. Op die basis is in de Beleidsregel factureringstermijnen energie beleid geformuleerd inzake factureringsvoorwaarden, waaronder termijnen.

Omvangrijke achterstanden en gebreken in facturering hebben veel bestuurlijke aandacht gekregen. DTe heeft een omvangrijk onderzoek gehouden en in een enkel geval een last onder dwangsom opgelegd. De minister van Economische Zaken heeft met de sector herstelafspraken gemaakt, en DTe maakt sedert september 2005 op haar website ieder kwartaal een scorecard bekend met de prestaties van de energiebedrijven op dit vlak.⁴²

DTe heeft geen aanwijzingen dat er thans nog structurele problemen zijn bij facturering of bijvoorbeeld bij verwerking van switches of verhuizingen.

3.8.2 Bevindingen marktpartijen

Van de zijde van consumenten worden geen structurele problemen gerapporteerd.

Van de zijde van nieuwe toetreders wordt aangegeven, dat met name ondernemingen die geen hechte relaties hebben met netbeheerders worden geraakt door de hier aan de orde zijnde administratieve verplichtingen, omdat zij in veel opzichten afhankelijk zijn van data-aanlevering door netbeheerders, maar geen middelen hebben – juridisch noch institutioneel (concernrelaties) om data af te dwingen.

⁴¹ Stb 2003, 207 en 2003, 234.

⁴² De scorecard is in overleg met deze zes grootste leveranciers en EnergieNed ontwikkeld en maakt het voor consumenten mogelijk om de prestaties op het stuk van administratieve processen van de leveranciers onderling te vergelijken.

In dit verband kan verder worden gerefereerd aan het feit dat zowel in de interviews als in de enquête aandacht werd gevraagd voor de omstandigheid dat de wetgeving niet uitdrukkelijk voorziet in de marktfaciliterende activiteiten van netbeheerders, waartoe ook het aanleveren van data voor facturering kan worden gerekend.

3.8.3 Beschouwing

Rapporteurs zijn niet bij machte het gewicht van de bedenkingen van de zijde van nieuwe toetreders te waarderen. Het lijkt hen echter zeker niet onwaarschijnlijk, dat nieuwe toetreders inderdaad een moeilijker positie hebben dan leveranciers die concernbanden onderhouden met netbeheerders en dat de regelgeving onvoldoende de verplichtingen expliciteert van activiteiten van netbeheerders die niet zozeer technisch van aard zijn maar die marktondersteunend van aard zijn. Rapporteurs menen, dat er ook in dit opzicht inderdaad aanleiding is na te gaan of de marktfaciliterende activiteiten van de verschillende actoren bij levering en transport wettelijk verankerd moeten worden.

Overigens zijn rapporteurs daarbij van oordeel, dat de concretisering van de verplichtingen van de verschillende actoren niet zozeer op het niveau van de formele wet zou moeten plaatsvinden, maar bijvoorbeeld onderdeel zou kunnen zijn van door DTe vast te stellen beleidsregels of documenten, zoals de codes. Voor deze codes geldt, zoals hierboven aangegeven, ook dat deze desgewenst aan een civielrechtelijke vordering tegen een netbeheerder ten grondslag gelegd kunnen worden.

3.9 Vergunningen

3.9.1 Beschrijving

Leveranciers die aan kleinverbruikers leveren, moeten beschikken over een door de minister van Economische Zaken af te geven leveringsvergunning (artikel 95a, lid 1 Elektriciteitswet, artikel 43, lid 1 Gaswet). Het vergunningvereiste wil eisen stellen aan leveranciers en wil daardoor organisatorische, financiële en technische waarborgen bieden voor het leveren van elektriciteit of gas. Aan een vergunning kunnen nadere voorschriften worden verbonden, aldus de artikelen 95e Elektriciteitswet 1998 en 46 Gaswet. In enkele gevallen zijn op basis daarvan – in verband met klachten over wervingsmethoden – nadere eisen aan vergunninghouders gesteld, zoals het bewaren van documentatie omtrent werving.

3.9.2 Bevindingen marktpartijen

De helft van de respondenten geeft aan dat de vergunningplicht een goed of zeer goed instrument is om levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers te waarborgen. Als sterke punten van dit instrument worden genoemd:

- door de vergunning hebben de bedrijven vooraf een brevet van vermogen om een belangrijk product als elektriciteit en gas aan te bieden;
- door de vergunningplicht is toezicht mogelijk en wordt voorkomen dat er anonieme postbusleveranciers ontstaan;
- de bevordering van consumentenbescherming. Een eventuele intrekking van de vergunning leidt tot inwerkingstelling procedure leveringszekerheid.

Een klein deel van de respondenten geeft aan dat de vergunningplicht (zeer) beperkt geschikt is om levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers te waarborgen. Als zwakke punten van dit instrument worden genoemd:

- de te brede werking van de vergunning, die niet alleen consumenten raakt maar ook zakelijke gebruikers;
- te veel verplichtingen voor leveranciers in vergelijking tot niet-vergunningplichtigen;
- overregulering. De consument wordt teveel als onmondig en onverantwoordelijk beschouwd.

Als voorbeelden van andere instrumenten die geschikt zouden kunnen zijn om de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers te waarborgen, zijn geopperd:

- keurmerk (mogelijk in combinatie met gedragscode);
- eenvoudige en eenduidige processen als het leveranciersmodel en capaciteitsstarief;
- eisen aan kredietwaardigheid en een goede afbakening tussen private en publieke verantwoordelijkheden.

In de interviews is aandacht gevraagd voor de financiële vergunningseisen die volgens sommigen te licht zouden zijn. Verder is van de zijde van zakelijke kleinverbruikers aangegeven dat zij door de op consumenten georiënteerde beschermingsregels onvoldoende van productdifferentiatie profiteren.

3.9.3 Beschouwing

De onderzoeksbevindingen geven weinig houvast voor conclusies omtrent het vergunningvereiste. Rapporteurs menen dat de bevindingen van de zijde van de markt toch vooral wijzen in de richting van handhaving van de huidige regelgeving omtrent het vergunningvereiste. Rapporteurs zien tegen deze achtergrond geen aanleiding wijziging van regelgeving in overweging te geven, noch in de zin dat het vergunningvereiste losgelaten zou moeten worden, noch in de zin dat de vergunningvereisten juist verzaamd zouden moeten worden.

Kijkend naar de bevindingen vanuit de markt – zowel aan de zijde van leveranciers als aan de zijde van zakelijke afnemers – ligt wel in de rede na te gaan, of de bescherming die aan het vergunningvereiste is verbonden niet beperkt zou moeten

worden tot "echte" consumenten. Kleinzakelijke afnemers lijken aan deze bescherming geen behoefte te hebben en hun belangenorganisaties laten weten dat de regulering voor beschermde afnemers kleinzakelijke afnemers belet van de voordelen van marktwerking te profiteren.

3.10 *Opzegvergoedingen*

3.10.1 Beschrijving

De werking van retailmarkten kan er mee gediend zijn contractuele of andere belemmeringen voor het overstappen naar een andere leverancier weg te nemen. Met het oog daarop bepalen de artikelen 95m lid 10 Elektriciteitswet 1998 en 52b lid 10 Gaswet dat de kleinverbruiker elk leveringscontract kan beëindigen met in achtneming van een opzegtermijn van 30 dagen. Is sprake van een overeenkomst voor bepaalde tijd, dan mag wel een redelijke vergoeding voor tussentijdse beëindiging worden bedongen, aldus de artikelen 95m lid 11 Elektriciteitswet 1998 en 52b lid 11 Gaswet.

Op 26 april 2006 heeft DTe een beleidsregel vastgesteld, die de hier bedoelde opzegvergoedingen binnen een bandbreedte van € 50,= (contracten korter dan een jaar) tot € 125,= (contracten langer dan tweeënehalf jaar) maximeert.

3.10.2 Bevindingen marktpartijen

Geen van de respondenten en geïnterviewden heeft specifiek opmerkingen gemaakt over dit onderwerp. Wel hebben marktpartijen meer in het algemeen gerefereerd aan de beperkingen die consumentenbeschermingsregels meebrengen voor productdifferentiatie.

3.10.3 Beschouwing

Rapporteurs kunnen op basis van de zeer beperkte onderzoeksbevindingen niet werkelijk beoordelen of wetswijziging overweging verdient. Gegeven de omstandigheid, dat leveranciers geen specifiek commentaar op deze bepalingen geven gaan rapporteurs er vanuit, dat deze beschermingsbepalingen geen grote nadelige invloed op de mededinging op de retailmarkten hebben en dat er dus geen reden is deze beschermende bepalingen te wijzigen.

3.11 *Wervingsmethoden*

3.11.1 Beschrijving

Hoewel de Europese richtlijnen daartoe niet verplichten, geven de energiewetten sinds 2004 bescherming tegen een scala aan oneerlijke en misleidende wervingsmethoden,

(niet limitatief) opgesomd in de artikelen 95m Elektriciteitswet 1998 en 52b Gaswet. Deze bepalingen kunnen overigens niet alleen aan consumentenbescherming bijdragen, maar ook aan consumentenvertrouwen en dus aan marktwerking.

DTe heeft inzake de overtreding van deze regels enkele malen een boete of een last onder dwangsom opgelegd, en heeft verder, zoals hiervoor al werd aangestipt, in enkele gevallen de vergunningvoorschriften aangescherpt om naleving van deze regels te verzekeren.

In 2005 deed zich een betrekkelijk groot aantal klachten over werving voor, in en buiten de media. Met name in de zomer van 2005 was er een grote toename van het aantal klachten van consumenten. Op aandringen van DTe is de markt daarop gekomen tot een gedragscode.

DTe heeft geen aanwijzingen dat de problematiek thans nog steeds een structureel karakter zou hebben.

3.11.2 Bevindingen marktpartijen

Van de kant van de nieuw toegetreden leveranciers is opgemerkt dat de wet- en regelgeving ertoe leidt dat de voorwaarden op voorhand en bewijsbaar aan de consument moeten zijn bekendgemaakt. Dit leidt tot een administratieve/commerciële last en maakt de consumenten huiverig.

3.11.3 Beschouwing

Van consumentenzijde is niet aangegeven, dat de hier bedoelde regels tekort zouden schieten. De bevindingen vanuit de markt geven geen houvast voor de gedachte, dat de hier gestelde regels (en de naar aanleiding daarvan tot stand gekomen gedragscode) beperkend voor de mededinging zouden zijn. Tegen die achtergrond is er geen reden om de aanbeveling te doen bepalingen die bescherming bieden tegen ongewenste werving in heroverweging te nemen.

3.12 *Incasso- en afsluitbeleid*

3.12.1 Beschrijving

De artikelen 95b lid 7 Elektriciteitswet 1998 en 44 lid 7 Gaswet bepalen dat een netbeheerder en een vergunninghouder een beleid voeren dat is gericht op het voorkomen van het afsluiten van kleinverbruikers in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar. Op grond van artikelen 95b lid 8 Elektriciteitswet 1998 en 44 lid 8 Gaswet kunnen bij ministeriele regeling regels worden gesteld inzake het beëindigen

van de levering aan kleinverbruikers in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar.

In artikelen 95b lid 1 Elektriciteitswet en 44 lid 1 Gaswet is onder meer geregeld dat een leverancier verplicht is op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit respectievelijk gas. DTe gebruikt deze bepaling thans niet als basis voor een beleid inzake afsluitingen.

In reactie op Kamervragen is een op de artikelen 95b lid 8 Elektriciteitswet 1998 en 44 lid 8 Gaswet te baseren ministeriële regeling aangekondigd, die vermoedelijk zal gaan voorzien in een verbod op het afsluiten van kleinverbruikers in de winterperiode, tenzij sprake is van fraude, de kleinverbruiker niet meewerkt aan schuldsanering of de kleinverbruiker heeft verzocht om afsluiting. Een wetsvoorstel van deze strekking is eveneens aanhangig.

3.12.2 Bevindingen marktpartijen

Geen van de respondenten heeft specifieke opmerkingen gemaakt over dit onderwerp, maar door nieuw toetredende leveranciers werden bij gelegenheid van de interviews deze regels wel als voorbeeld aangehaald van regels die productdifferentiatie beperken.

3.12.3 Beschouwing

In welke mate regels als deze de mededinging beperken doordat zij productdifferentiatie beperken kunnen rapporteurs niet nagaan. Ook vóórdat de onderhavige regulering bestond was het in de civielrechtelijke verhouding tussen consument en leverancier van nutsdiensten niet zonder meer mogelijk op elk door de leverancier gewenst moment de levering te staken.

Denkbaar is wel, dat de lasten van dergelijke beschermingsbepalingen relatief zwaar drukken op nieuw toetredende leveranciers, dit vanwege schaalnadelen. Mogelijk verdient volledige socialisatie van dergelijke kosten overweging.

3.13 *Onderzoek klachtafhandeling*

3.13.1 Beschrijving

Marktwerking wordt mede bepaald door consumentenvertrouwen. Ordelijke omgang met klachten is (ook) daarvoor van belang.

Voor netbeheerders geldt dat zij op grond van de wet verplicht zijn om een klachtenprocedure in te richten, aldus de artikelen 19d Elektriciteitswet 1998 en 35d

Gaswet. Voor leveranciers is het hebben van een klachtafhandlingsregeling uit hoofde van de het Besluit vergunning levering elektriciteit en het Besluit vergunning levering gas een voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning.

Begin 2005 werden veel klachten gerapporteerd over (onder meer) de kwaliteit van de klachtafhandeling. Consumenten gaven aan zich met name te ergeren aan lange (reactie)termijnen en het niet nakomen van afspraken. DTe heeft hiernaar onderzoek gedaan en daaromtrent publiciteit gezocht. De betrokken energiebedrijven hebben toegezegd de klachtafhandeling te verbeteren en hebben hiertoe een verbeterplan overgelegd. DTe zal eind 2006 nagaan of dat daadwerkelijk tot verbeteringen heeft geleid.

3.13.2 Bevindingen marktpartijen

Geen van de respondenten en geïnterviewden heeft opmerkingen gemaakt over dit onderwerp.

3.13.3 Beschouwing

De bevindingen geven rapporteurs geen deugdelijke basis voor het doen van aanbevelingen.