

MR.DRS. M.G.A.M. CUSTERS

# Toezicht in de energiesector

Met het oog op daadwerkelijke mededinging en doeltreffende marktwerking

**D**e Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet vormen de basis van de regelgeving in de energiesector. De uitvoering en het toezicht op naleving van deze twee wetten zijn opgedragen aan meerdere bestuursorganen: de Minister van Economische Zaken (de Minister), de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (directeur-generaal NMa) en de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (directeur DTe). Niettemin wordt met name de directeur DTe, of misschien beter: de DTe als zodanig, in het algemeen beschouwd als dé instantie die belast is met de uitvoering van de regelgeving in de energiesector, en met het toezicht op de naleving van die regelgeving. Dit is ook alleszins begrijpelijk. Niet alleen zijn in de Elektriciteitswet 1998 en in de Gaswet een groot aantal taken en bevoegdheden rechtstreeks aan de (directeur) DTe opgedragen c.q. toegekend, maar heeft ook zowel de Minister van Economische Zaken als de directeur-generaal NMa het belangrijkste deel van hun taken en bevoegdheden aan de (directeur) DTe gemandateerd.<sup>1</sup>

## Achtergrond en doelstellingen van de DTe

Bij de totstandkoming van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet heeft de Europese regelgeving een belangrijke rol gespeeld. Met de Elektriciteitswet 1998 werd immers (mede) uitvoering gegeven aan de

Elektriciteitsrichtlijn van 19 december 1996,<sup>2</sup> terwijl met de Gaswet (mede) uitvoering werd gegeven aan de Gasrichtlijn van 22 juni 1998.<sup>3</sup> In de genoemde richtlijnen was onder meer bepaald dat de lidstaten van de Europese Unie een van de marktpartijen onafhankelijke instantie moeten aanwijzen voor de beslechting van geschillen bij onderhandelingen over toegang tot de netten.<sup>4</sup> Verder verplichtten beide richtlijnen de EU-lidstaten in meer algemene zin om passende en doelmatige mechanismen te creëren voor regulering, controle en transparantie teneinde misbruik van machtsposities, met name ten nadele van de verbruiker, en marktondermijnende praktijken te voorkomen.<sup>5</sup>

Reeds in het – in september 1997 ingediende – wetsvoorstel voor de Elektriciteitswet 1998 is voorgesteld de DTe als afzonderlijke toezichthouder in het leven te roepen, en de regulering en controle niet op te dragen aan de (directeur-generaal) NMa, de toezichthouder voor de algemene mededingingsregels. Als redenen hiervoor werden genoemd enerzijds de specifieke taken die de toezichthouder in het kader van de liberalisering van de elektriciteitssector zou moeten gaan uitoefenen, en anderzijds de wens om de NMa niet met een te groot aantal taken te belasten.<sup>6</sup> Niettemin werd in het – in maart 1999 ingediende – wetsvoorstel voor de Gaswet voorgesteld om het toezicht op de naleving van de Gaswet onder de verantwoordelijkheid van de NMa te bren-

1 Zie in het bijzonder 'Besluit mandaat, volmacht en machtiging EZ' (*Staatscourant* 2 april 2001, nr. 65, p. 8) en 'Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa' (*Staatscourant* 13 juli 2001, nr. 133, p. 36).

2 Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt van elektriciteit (*Publicatieblad EG* 1997, L27).

3 Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (*Publicatieblad EG* 1998, L204).

4 Artikel 20 lid 3 Richtlijn 96/92/EG en artikel 21 lid 2 Richtlijn 98/30/EG.

5 Artikel 22 Richtlijn 96/92/EG en artikel 22 Richtlijn 98/30/EG.

6 Zie TK 1997-1998, 25 621, nr. 3, pp. 6 en 7.

gen. Volgens de regering zou een 'eigenstandige' sectorspecifieke toezichthouder voor gas niet nodig en niet wenselijk zijn. Niet nodig omdat in het wetsvoorstel ten aanzien van de regels voor de toegang tot de gasnetten werd aangesloten bij de Mededingingswet, en niet wenselijk omdat het bereik van het algemene mededingingsregime zo groot mogelijk zou moeten zijn om rechtsongelijkheid en 'forum-shopping' te voorkomen.<sup>7</sup> De Tweede Kamer deelde deze opvatting niet en heeft middels amendement bewerkstelligd dat het toezicht op de naleving van de verschillende energiewetten in handen werd gegeven van één sectorale toezichthouder.<sup>8</sup>

Met de oprichting van de DTe en met de aan de DTe toegekende taken en bevoegdheden is Nederland vooruitgelopen op de nieuwe Europese Elektriciteits- en Gasrichtlijn van 26 juni 2003.<sup>9</sup> Met deze twee richtlijnen worden de EU-lidstaten verplicht een of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie aan te wijzen. Deze instanties, die geheel onafhankelijk moeten zijn van de belangen van de elektriciteits- c.q. gasector, moeten ten minste verantwoordelijk zijn voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking in de energiesector.<sup>10</sup> In de richtlijnen zelf is reeds een nadere invulling gegeven van de taken die de betreffende instanties daartoe moeten uitoefenen, en over welke bevoegdheden zij daarbij moeten beschikken. Onder meer wordt genoemd dat de regelgevende instanties verantwoordelijk zijn voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven.

De Europese Commissie heeft haar visie op de rol van de toezichthouder nader uiteengezet in een (niet-bindende) bekendmaking.<sup>11</sup> De Commissie beperkt zich hierbij niet tot een 'vertaling' van de richtlijnen, maar spreekt duidelijke voorkeuren uit.

Zo geniet een toezichthouder die los staat van bestaande overheidsstructuren volgens de Commissie de voorkeur, en zou het goed zijn indien deze toezichthouder – naast de uit de richtlijnen voortvloeiende taken – belast wordt met onder meer de verlening van vergunningen voor netbeheer en levering, alsook met de controle op en de rapportage over de voorzieningszekerheid.

Indachtig het voorgaande stelt de DTe stelt zich tot doel de concurrentie op de elektriciteits- en gasmarkten te bevorderen, en daarbij afnemers te beschermen tegen machtsmisbruik. Verder beoogt de DTe te zorgen voor marktwerking in de netwerksectoren waar de markt niet zonder regulering kan werken.<sup>12</sup>

### Organisatie en positionering van de DTe

Aan het hoofd van de DTe staan een directeur (en een plaatsvervangend directeur). De werkzaamheden in verband met de uitvoering van en het toezicht op de naleving van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn verdeeld over drie clusters. De DTe ziet de taken van de verschillende clusters als volgt. Het cluster Regulering is verantwoordelijk voor het stimuleren van een efficiënte bedrijfsvoering in situaties waar geen markt is, zoals bij aanbieders van infrastructuur het geval is. Centraal staat het bevorderen van een duurzame, optimale verhouding tussen prijs en kwaliteit. Binnen dit cluster geschiedt onder meer de voorbereiding van de besluiten omtrent de maximumtarieven van netbeheerders. Het cluster Toezicht is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de energiewetten en de bijbehorende regelgeving. Daartoe voeren medewerkers onder meer controles uit, geven zij adviezen en waarschuwingen en – indien sprake is van overtreding van de regelgeving – eventueel een bindende aanwijzing of last onder dwangsom. Medewerkers van dit cluster zijn betrokken bij de verlening van leveringsvergunningen en bij de advisering aan de Minister van Economische Zaken in verband met de aanwijzing van netbeheer-

7 TK 1998-1999, 26 463, nr. 3, p. 17.

8 TK 1999-2000, 26 463, nr. 40.

9 Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (*Publicatieblad* EG 2003, L176) en Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (*Publicatieblad* EG 2003, L176).

10 Artikel 23 van Richtlijn 2003/54/EG en artikel 25 van Richtlijn 2003/55/EG.

11 'Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas – The role of regulatory authorities', beschikbaar via <[www.europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation](http://www.europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation)>.

12 Aldus de eigen website van de DTe: <[www.dte.nl](http://www.dte.nl)>.

ders. Bij het cluster Marktinfrastructuur ligt de nadruk meer op het integrale systeem van transport- en distributienetten. Dit cluster bereidt de regels voor om te bereiken dat dit integrale systeem altijd beschikbaar is én voorzien van een goede dienstverlening naar afnemers. Daarnaast is er een Market Surveillance Committee (MSC), een door de DTe en NMa gezamenlijk opgezet monitoringsysteem om de ontwikkelingen op de Nederlandse elektriciteitsmarkt te volgen. MSC verzamelt informatie over de markt en analyseert die informatie met het oog op de prijsontwikkeling en het gedrag van de ondernemingen die actief zijn op de markt, teneinde aldus te kunnen vaststellen of de concurrentie op deze markt na de liberalisering goed op gang is gekomen.<sup>13</sup> MSC heeft reeds diverse adviezen aan de DTe en NMa uitgebracht, onder meer over prijsstijgingen op de markt voor importcapaciteit, de verhandelbaarheid van elektriciteit op de Nederlandse elektriciteitsmarkt en de risico's van marktmacht in geval van marktintegratie in de Benelux.

De DTe maakt als kamer onderdeel uit van de NMa en is, evenals de NMa, vooralsnog een ambtelijke dienst onder het ministerie van Economische Zaken. De reden om de DTe als kamer onder te brengen bij de NMa is gelegen in het feit dat de DTe belast is met de toepassing van sectorspecifieke regels die – tot op zekere hoogte – overlappen met de algemene mededingingsregels, en in het bijzonder het verbod van misbruik van een economische machtspositie. De directeur DTe heeft eigen bevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, maar is hiërarchisch ondergeschikt aan de directeur-generaal NMa. Dit betekent dat de directeur-generaal NMa algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven met betrekking tot de uitoefening van de in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet aan de directeur DTe opgelegde taken en toegekende bevoegdheden, in het bijzonder indien hij dit nodig acht voor een uniforme uitleg en toepassing van mededingingsrechtelijke begrippen. Van wellicht (nog) meer belang is dat de directeur DTe de hem opgedragen taken en toegekende bevoegdheden uitoefent onder verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken. De Minister kan de directeur DTe algemene aanwijzingen geven met betrekking tot de uitoefening van diens bevoegdheden, waarbij die algemene aanwijzingen moeten worden vastgelegd in beleidsregels. De directeur DTe is, als ambtenaar binnen het

ressort van de Minister van Economische Zaken, verder ook verplicht de instructies van de Minister in individuele gevallen te volgen. Deze algemene en bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de Minister staat haaks op de door de Europese Commissie uitgesproken voorkeur voor een toezichthouder die los staat van bestaande overheidsstructuren. De Minister heeft zelf echter te kennen gegeven dat, gelet op de beoogde status van de NMa (inclusief DTe) als zelfstandig bestuursorgaan, het belangrijk is dat de directeur DTe zijn taken onafhankelijk van sturing door de Minister in individuele gevallen, kan uitoefenen. In de praktijk maakt de Minister dus geen gebruik van zijn bevoegdheid om in individuele gevallen sturend op te treden.

In het voorliggende wetsvoorstel NMa/Zbo verdwijnt de zelfstandige status van de directeur DTe en worden de bevoegdheden uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet toebedeeld aan de (nieuwe) Raad van Bestuur van de NMa. In het voorgestelde nieuwe artikel 5a van de Mededingingswet is vervolgens opgenomen dat de Raad van Bestuur voorziet in een specifieke organisatorische eenheid die wordt belast met uitvoering van en toezicht op de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.<sup>14</sup> Die specifieke organisatorische eenheid zal waarschijnlijk niet of niet veel verschillen van de DTe zoals deze thans bestaat.

### Taken en bevoegdheden

Op grond van de (nieuwe) Elektriciteits- en Gasrichtlijn is de DTe, als aangewezen regelgevende instantie in de zin van deze richtlijnen, verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking in de elektriciteits- en gasector. De richtlijnen schrijven verder voor dat de EU-lidstaten ervoor moeten zorgen dat de regelgevende instanties, zoals de DTe, in staat zijn hun taken snel en doeltreffend uit te voeren. Daarmee wordt in algemene zin aangegeven welke taken ten minste aan de toezichthouders in de energiesector moeten worden opgelegd, en over welke bevoegdheden die toezichthouders ten minste moeten beschikken. In de richtlijnen zelf worden een aantal van de taken en bevoegdheden van de nationale regelgevende instanties nader uitgewerkt. Zo is de DTe als nationale regelgevende instantie in Nederland onder meer verantwoordelijk voor de voorschriften inzake het beheer en de toewijzing van koppelingscapaciteit, de

<sup>13</sup> Aldus de eigen website van de DTe: <www.dte.nl>.

<sup>14</sup> EK 2001-2002, 27 639, nr. 228.

mechanismen voor het verhelpen van capaciteitsknelpunten binnen het nationale elektriciteitsnet, de publicatie door transport- en distributienetbeheerders van adequate informatie over koppelingen, netgebruik en toewijzing van capaciteit, en het voeren van afzonderlijke boekhoudingen ter voorkoming van kruissubsidies tussen productie-, transport-, distributie- en leveringsactiviteiten.

De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zijn – in ieder geval ten dele – de Nederlandse ‘vertaling’ van de EU-regelgeving en bevatten derhalve een specifieke invulling van de taken en bevoegdheden van de DTe. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is uiteraard dat de DTe moet kunnen beschikken over voldoende bevoegdheden om de haar toevertrouwde taken te kunnen uitvoeren. Naast de specifieke bevoegdheden die in de relevante wetgeving rechtstreeks aan de (directeur) DTe worden toegekend, hebben de Minister van Economische Zaken en de directeur-generaal NMa specifieke bevoegdheden aan de (directeur) DTe gemandateerd, zodat de DTe een centrale rol kan spelen in het spel op de energiemarkt. Een belangrijk onderdeel van die rol is de betrokkenheid bij de tarieven die netbeheerders in rekening kunnen brengen voor het transport van elektriciteit en gas. Dit varieert van de vaststelling van de tariefstructuren en voorwaarden tot de vaststelling van de maximumtarieven die netbeheerders mogen berekenen voor het transport van elektriciteit en voor het transport van gas. Echter ook bij de tarieven voor levering speelt de DTe een belangrijke rol. Tot 1 juli 2004 bepaalde de DTe welke leveringstarieven leveringsbedrijven maximaal in rekening mochten brengen in geval van levering aan beschermde afnemers. Vanaf 1 juli 2004 stelt de DTe geen maximum leveringstarieven meer vast, maar houdt zij wel toezicht dat de tarieven voor kleinverbruikers redelijk, objectief en transparant zijn.

De DTe heeft een Handhavingsplan opgesteld om aan betrokken partijen inzichtelijk te maken welke wettelijke taken de DTe heeft om toe te zien op naleving van beide energiewetten, welke handhavingsinstrumenten de DTe ter beschikking staan om effectief toe te zien op de naleving van deze wetten, en welke procedure de DTe hanteert in geval een handhavingsinstrument wordt ingezet. In het Handhavingsplan van april 2003 wordt ook expliciet aangegeven dat de aan de DTe opgedragen werkzaamheden niet allemaal tegelijkertijd worden uitgevoerd, en dat daarom een nadere prioritering van deze werkzaamheden moet worden aangebracht. Voor de jaren 2003/2004

heeft de DTe onder meer de onafhankelijkheid van het netbeheer en de marktopening van de derde tranche aangemerkt als speerpunten van het toezicht.

Bij de uitvoering van haar taken en bij de gebruikmaking van haar bevoegdheden dient de DTe uiteraard binnen de door de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet gestelde grenzen te blijven. In de praktijk is dit niet altijd even gemakkelijk gebleken, getuige een aantal uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Zo oordeelde het CBB dat de DTe met de vaststelling van individuele doelmatigheidskortingen voor individuele elektriciteitsnetbeheerders voorbij was gegaan aan het feit dat de Elektriciteitswet 1998 niet voorzag in de mogelijkheid van individuele kortingen – doch uitsluitend in de mogelijkheid van een generieke doelmatigheidskorting. Het voorbeeld van de doelmatigheidskorting leert tevens dat, daar waar de wet de DTe onvoldoende speelruimte biedt – in die zin dat een wettelijke grondslag ontbreekt voor bepaalde, door de DTe wenselijk geachte, besluiten – de DTe bij het ministerie van Economische Zaken de noodzakelijke ondersteuning lijkt te vinden om een wijziging van de wetten regelgeving in gang te zetten. De CBB-procedure heeft immers tot gevolg gehad dat een wetswijziging heeft plaatsgevonden waarbij expliciet in de wet is opgenomen dat de DTe individuele doelmatigheidskortingen mag vaststellen.

Naast de specifieke regels die bij of krachtens de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet worden gesteld, dient de DTe zich in haar besluitvorming ook te houden aan de geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. In dit licht is het niet verrassend dat de DTe herhaaldelijk gebruik heeft gemaakt van consultatiedocumenten teneinde marktpartijen de gelegenheid te bieden om te reageren op voorgenoemde besluitvorming. Wel moet in dat kader worden geconstateerd dat de invloed van dergelijke reacties op de besluitvorming van de DTe vaak beperkt is geweest en dat het meer dan eens bijzonder moeilijk is gebleken de DTe ervan te overtuigen af te wijken van een eenmaal door haar ingeslagen weg. Misschien wel het meest bekende voorbeeld hiervan is de lange weg die zowel de DTe als de netbeheerders hebben moeten bewandelen om te komen tot vaststelling van doelmatigheidskortingen voor de netbeheerders. Een weg die bezaaid lag met besluiten, bezwaarschriften, wijzigingsbesluiten, aanvullende bezwaarschriften, beslissingen op bezwaar en beroepschriften, en die wellicht voorkomen of ten minste bekort had kunnen worden indien

in een vroeg stadium een werkelijke dialoog tussen de DTe en de betrokken partijen tot stand was gekomen.

Ook heeft de DTe een aantal belangrijke adviestaken. Naast een wettelijk geregelde adviestaak als het uitbrengen van advies over het ontwerp van de algemene maatregelen van bestuur waarin regels worden gesteld ter uitvoering van de taak voorzieningen te treffen in verband met de leveringszekerheid, vervult de DTe diverse niet wettelijk geregelde adviesfuncties. Zo adviseert de DTe de Minister van Economische Zaken over aanvragen om een ontheffing van de plicht tot aanwijzing van een netbeheerder elektriciteit en bij het beoordelen van vergunningsaanvragen voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers.<sup>15</sup>

### Handhavinginstrumenten

Voor de uitoefening van haar toezichthoudende bevoegdheden beschikt de DTe in de eerste plaats over de 'algemene' bevoegdheden zoals neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat de DTe-ambtenaren onder meer bevoegd zijn plaatsen te betreden (met uitzondering van de woning zonder toestemming van de bewoner), inlichtingen te vorderen en inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden. Op grond van de Algemene wet bestuursrecht is iedereen ook verplicht aan de DTe binnen de door haar gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die de DTe redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van haar bevoegdheden. De term 'redelijkerwijs' houdt verband met het feit dat de DTe slechts gebruikmaakt van zijn bevoegdheden voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

Daarnaast zijn in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet nog een aantal specifieke handhavinginstrumenten aan de DTe toegekend. In het bijzonder zijn dit het geven van een bindende aanwijzing tot naleving van de Elektriciteitswet 1998 c.q. de Gaswet, het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een bestuurlijke boete. De bindende aanwijzing is een dwingend schrijven van de DTe waarin is vastgelegd welke bepalingen uit de Elektriciteitswet 1998 en/of de Gaswet niet zijn nageleefd, en waarin de DTe de betrokken partij verplicht om binnen een bepaalde termijn alsnog aan de wettelijke bepalingen te voldoen. Indien de betrokken partij niet voldoet aan deze verplichting, kan de DTe in bepaalde gevallen een last onder dwangsom opleggen. De last onder

dwangsom wordt in het Handhavingsplan van de DTe omschreven als:

*'[...] het opleggen van een verplichting (de last) om een overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling hiervan te voorkomen, ondersteund door een financiële druk (dwangsom)'.*

De bestuurlijke boete, ten slotte, kan worden aangemerkt als een punitieve sanctie. De hoogte van een op te leggen boete is afhankelijk van de ernst en de duur van de overtreding, en kent bovendien een maximum. De boete bedraagt maximaal € 450.000 of, indien dat meer is, 1% van de omzet van de overtreedende onderneming indien het gaat om een overtreding van voorschriften waarvan de gevolgen minder ernstig zijn. Hierbij kan worden gedacht aan voorschriften inzake gegevensverstrekking. Bij overtreding van voorschriften die betrekking hebben op essentiële taken en verplichtingen van de netbeheerder, zoals een verbod voor de netbeheerder concurrerende goederen of diensten te verlenen, gelden hogere maximum boetes tot 10% van de omzet van de betrokken onderneming. Bij de bepaling welke normovertredingen met een dwangsom of een boete worden gesanctioneerd is rekening gehouden met de aard en de ernst van de desbetreffende gedragingen en is aangesloten bij de kenmerken en de strekking van deze sancties. Een last onder dwangsom is effectief indien de overtreder in de gelegenheid is een bepaalde concrete situatie te herstellen binnen een redelijke termijn. Een bestuurlijke boete heeft onder meer toegevoegde waarde bij overtredingen die niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt, of al zijn hersteld. Ook in gevallen van herhaalde overtreding kan een bestuurlijke boete een effectief middel zijn.<sup>16</sup>

De strafrechtelijke sanctionering van overtredingen van (bepaalde voorschriften van) de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is met de aanvaarding van de aanvaarding van het wetsvoorstel 'Wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer' komen te vervallen. De keuze om bestuursrechtelijk in plaats van strafrechtelijk te handhaven is ingegeven door de praktijk. Wegens de hoge mate van spontane naleving van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet lijkt nauwelijks behoefte te bestaan aan een strafrechtelijk handhavingssysteem. Daarnaast bestaat in dit wettelijk kader ook niet de behoefte aan andere dan de

<sup>15</sup> Zie respectievelijk de Beleidsregel Ontheffing van verplichting tot aanwijzing van netbeheerder van 7 oktober 1998 en Beleidsregel vergunningen voor leveranciers van elektriciteit aan kleinverbruikers per 1 januari 2002 (paragraaf 4 van de toelichting).

<sup>16</sup> TK 2003-2004, 29 372, p. 12.

genoemde bestuursrechtelijke sancties. Ook is aangevoerd dat strafrechtelijke handhaving met zich meebrengt dat afgewacht dient te worden of door het Openbaar Ministerie tot vervolging zal worden overgegaan.<sup>17</sup>

De bestuursrechtelijke – in plaats van strafrechtelijke – sanctionering en de hoogte van de (maximaal) op te leggen boetes sluit tevens aan bij de boetebepalingen zoals opgenomen in de Mededingingswet.

Daarmee is het handhavingsinstrumentarium echter nog niet volledig in beeld gebracht. De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet voorzien namelijk in de mogelijkheid voor de Minister van Economische Zaken om in een aantal situaties de bestaande netbeheerder te vervangen door een door de Minister aan te wijzen netbeheerder. Die mogelijkheid bestaat onder meer indien de bestaande netbeheerder naar het oordeel van de Minister niet in staat is om zijn wettelijke taken adequaat uit te voeren, en geen gevolg geeft aan een opdracht van de Minister om in verband daarmee de opgedragen noodzakelijk geachte voorzieningen te treffen. Die mogelijkheid bestaat ook indien, wederom naar het oordeel van de Minister, door de bedrijfsvoering van de netbeheerder de continuïteit of de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening voor afnemers in gevaar komt en onverwijld ingrijpen noodzakelijk is. Ook bestaat de mogelijkheid voor de Minister om een verleende vergunning in te trekken of te schorsen. Dat de Minister bij de uitoefening van deze bevoegdheden nauw contact heeft met de DTe, mag zonder meer worden aangenomen.

### Rechtsbescherming

Tegen besluiten van de directeur DTe – eventueel namens de Minister van Economische Zaken – kan door belanghebbenden bezwaar worden gemaakt. Onder belanghebbende wordt verstaan, degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Dit kunnen ook brancheorganisaties zijn die krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden bepaalde algemene en collectieve belangen in het bijzonder behartigen. Een bezwaarschrift moet binnen zes weken nadat het besluit bekend is gemaakt worden ingediend. Beslissingen op bezwaar worden voorbereid door de Juridische Dienst van de NMa en genomen namens de Minister van Economische Zaken of namens de directeur DTe (het bestuursorgaan dat het oorspronkelijke besluit heeft genomen). Na indiening van een (aanvullend) bezwaarschrift en voorafgaand aan de beslissing op

bezwaar worden belanghebbenden in de gelegenheid gesteld hun mondelinge zienswijze aan de bezwarencommissie kenbaar te maken. De praktijk leert echter dat het vaak buitengewoon moeilijk is om de bezwarencommissie te overtuigen van onjuistheden of onvolkomenheden in de besluiten van de directeur DTe, zodat de bezwaarprocedure in veel gevallen niet leidt tot een substantieel andere uitkomst dan het bestreden besluit van de directeur DTe. De bezwaarprocedures die zijn gevoerd in het kader van de besluitvorming van de DTe over de doelmatigheidskortingen leren bijvoorbeeld dat de bezwarencommissie wel bereid was bezwaren te honoreren die betrekking hadden op feitelijke – gemakkelijk te verifiëren – onjuistheden, maar veel minder bereid was ter discussie te stellen of de door de DTe gehanteerde methode tot vaststelling van de doelmatigheidskorting paste binnen het wettelijke kader. Daarmee wordt de toetsing door een onafhankelijke rechterlijke instantie nog belangrijker.

Tegen beslissingen op bezwaar kan beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Verder kan een voorlopige voorziening wordt gevraagd aan de Voorzieningenrechter van het CBb. Een voorlopige voorziening zal echter slechts worden getroffen indien ‘onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen’ dat vereist. Daarbij moet dan tevens zijn voldaan aan het connexiteitsvereiste, hetgeen inhoudt dat het treffen van een voorlopige voorziening alleen mogelijk is als tegelijkertijd tegen hetzelfde besluit een bezwaarschrift- of beroepsprocedure loopt. In de praktijk wordt een voorlopige voorziening getroffen indien het bestreden besluit naar het voorlopig oordeel van de Voorzieningenrechter onrechtmatig is (los van de vraag of de gevolgen van de uitvoering van het besluit onomkeerbaar zijn) en indien de Voorzieningenrechter twijfels heeft over de rechtmatigheid van het besluit en de uitvoering van het besluit tot onomkeerbare gevolgen leidt. Het CBb en de Voorzieningenrechter van het CBb hebben reeds in diverse geschillen tussen de DTe en marktpartijen uitspraak gedaan, en verwacht mag worden dat de uitvoering van de taken door de DTe – en de wijze waarop de DTe van haar bevoegdheden gebruikmaakt – vooralsnog aanleiding zal blijven geven tot gerechtelijke procedures.

**Mr. drs. M.G.A.M. Custers is advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam/Amsterdam (Mededinging en Overheid)**

<sup>17</sup> TK 2003–2004, 29 372, nr. 3, pp. 56 en 57.