

MR.DRS. J.E. JANSSEN

Toezicht en sancties in de nieuwe energiewetgeving: geen sinecure

O & F

60

Nr. 62 / september 2004

Als er één sector in Nederland is geweest die zich de laatste jaren opnieuw heeft moeten uitvinden door grote verandering in de regelgeving, is het wel de energiesector. De regulering van de elektriciteit- en gasector is vormgegeven in de Elektriciteitswet 1998 (de E-wet) en de Gaswet. Deze wetten implementeren de eerste Europese marktrichtlijnen voor elektriciteit (1996) en gas (1998), die de aftrap vormden voor de creatie van een competitieve Europese markt voor elektriciteit en gas. Op grond van de E-wet en de Gaswet is de Nederlandse markt gefaseerd geliberaliseerd. Sinds 1 juli 2004 is sprake van volledige marktopening; alle afnemers in Nederland hebben thans keuzevrijheid van leverancier. Om concurrentie tussen de leveranciers eerlijk te laten verlopen is non-discriminatoire toegang van alle leveranciers tot de netwerken van de voormalige regionale distributiebedrijven (zoals Essent, Nuon en Eneco) essentieel. Daartoe voorzien de E-wet en de Gaswet in een organisatorische scheiding tussen de activiteiten van die spelers (waarvan alle aandelen nog in handen zijn van provincies en gemeenten) op het gebied van de productie en levering van energie enerzijds en het transport anderzijds

(unbundling). Voor het transport van elektriciteit en gas hebben de energiebedrijven separate beheerders van de regionale¹ transportnetten moeten aanwijzen. Deze dochterbedrijven, 'netbeheerders' in de terminologie van de wetgever, hebben het exclusieve recht tot het verrichten van het transport over de door hen beheerde netten, maar moeten dit transport verrichten tegen door de toezichthouder vastgestelde tarieven en voorwaarden.² De E-wet en de Gaswet bevatten een groot aantal verplichtingen die er voor moeten zorgen dat de netbeheerder zijn beslissingen onafhankelijk van zijn aandeelhouder neemt en deze niet beoordeelt. Op de naleving van deze wettelijke verplichtingen wordt toezicht gehouden door de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe), de toezichthouder op de energiesector.

De bepalingen met betrekking tot het toezicht en sancties in de E-wet en de Gaswet zijn recentelijk aangescherpt op grond van de zogenoemde Implementatie- en Interventiewet (de I&I-wet).³ De I&I-wet bevat deels Europees beleid en deels nationaal beleid. Wat het Europese beleid betreft, implementeert de I&I-wet de nieuwe Europese interne markt-

1 Het landelijk hoogspanningsnet voor elektriciteit wordt beheerd door TenneT en het landelijk hogedruknet voor gas door Gas Transport Services (GTS). De aandelen van TenneT zijn in handen van de Staat; de Staat is nog in onderhandeling met (de aandeelhouders van) Gasunie over de verkrijging van de aandelen in GTS.

2 Op grond van de hierna besproken I&I-wet zijn de verschillen die tot voor kort bestonden met betrekking tot de vaststelling van de transporttarieven en -voorwaarden voor elektriciteit en gas gladgestreken. Voor beide sectoren geldt nu onverkort een systeem van gereguleerde toegang (regulated Third Party Access of rTPA).

3 Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter uitvoering van Richtlijn nr. 2003/54/EG, (PbEG L176), verordening nr. 1228/2003 (PbEG L176) en Richtlijn nr. 2003/55/EG (PbEG 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 netbeheer), *Stb.* 2004, 238. De meeste bepalingen van deze wet zijn op 14 juli 2004 in werking getreden (*Stb.* 2004, 330).

richtlijnen 2003/54 (elektriciteit) en 2003/55 (gas). Wat het nationale beleid betreft, voorziet de I&I-wet in een versterking van de onafhankelijke positionering van de netbeheerders door vast te leggen dat regionale netbeheerders dienen te beschikken over het economisch eigendom van de door hen beheerde netten.⁴ Daarnaast worden de bevoegdheden van de Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister) en de DTe aangescherpt onder meer wat betreft de mogelijkheden voor de overheid om in geval van tekortkomingen in het netbeheer in te grijpen.

Met de nieuwe toezicht- en sanctiebepalingen kent Nederland een reguleringsregime dat qua gestrengheid in Europa zijn gelijke niet kent. Toch heeft de Minister aangekondigd dat hiermee voor de energiebedrijven de kous nog niet af is. Zijn ministerie is thans bezig wetgeving voor te bereiden op grond waarvan het netwerkbedrijf enerzijds en het productie- en leveringsbedrijf anderzijds geen deel meer mogen uitmaken van één onderneming. Met andere woorden: het netwerkbedrijf moet volledig worden afgesplitst van de rest van het energiebedrijf.⁵ Het proces van splitsing van de Nederlandse energiebedrijven moet uiterlijk op 1 januari 2007 zijn afgerond. (Door de bepaling omtrent het voorgeschreven bezit van het economisch eigendom van de regionale netten door de netbeheerders vooralsnog niet in werking te laten treden, zal de Minister ervoor zorgen dat de energiebedrijven niet twee keer hoeven te herstructureren (met alle fiscale ellende van dien). Met deze vorm van ownership unbundling loopt Nederland (ver) voor de Europese muziek uit. Als de splitsing is geëffectueerd wil de Minister pas praten over de mogelijkheid van privatisering van de regionale netbedrijven, waarbij hij al wel heeft aangegeven

dat hij wil voorkomen dat de netten ‘in handen kunnen komen van ondernemingen die zich bezighouden met de handel of productie van netwerkgebonden energie’.

Toezicht

De Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) is de toezichthouder met betrekking tot het toezicht op de naleving van de E-wet en de Gaswet.⁶ De DTe, met aan het hoofd een directeur, maakt als gespecialiseerde ‘kamer’ onderdeel uit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) en opereert derhalve onder de bevoegdheid van de Minister.⁷ Een klein aantal bevoegdheden, waaronder bevoegdheden met betrekking tot de instemming van de aanwijzing van de netbeheerder, is voorbehouden aan de Minister. Daarnaast is de directeur-generaal van de NMA bevoegd tot het beslechten van toegangsgeschillen. Vóór de inwerkingtreding van de I&I-wet had de directeur DTe ook een verregaande regulerende taak, waarmee de voorganger van de huidige directeur – met name op het gebied van de tariefregulering – ook veelvuldig de grenzen van de wet opzocht.⁸ Op grond van de I&I-wet is de bevoegdheidsverdeling tussen de Minister en de directeur DTe verduidelijkt en is veelvuldig voorzien in de mogelijkheid dat de Minister de ruimte voor de toezichthouder in ministeriële regelingen vastlegt. Uitgangspunt is dat de Minister er is voor het beleid en de (directeur) DTe voor het toezicht op, en de handhaving van, de naleving van de E-wet en de Gaswet.

Tekortschieten netbeheerder

Ook zonder de aanvullingen op grond van de I&I-wet voorzien de E-wet en de Gaswet al in een groot aantal mogelijkheden om het tekortschieten

4 Thans berust de (economische) eigendom van de netten veelal niet bij de netbeheerder maar bij een andere dochtermaatschappij van de holding en wordt het net op grond van een beheersovereenkomst tussen die dochtermaatschappij en de betreffende netbeheerder beheerd.

5 Zie voor de plannen van de Minister TK 2003–2004, 28 982, nr. 18: ‘Gangbare groepsstructuren waarbij een topholding de aandelen houdt van en de leiding heeft over het netwerkbedrijf, het productiebedrijf en het leveringsbedrijf zijn mijns inziens niet gewenst en door deze aanscherping ook niet langer mogelijk. Alle banden met de rest van het energiebedrijf dienen derhalve tot aan het aandeelhoudersniveau doorgeknipt te worden. Er zullen geen personele unies zijn toegestaan tussen het netwerkbedrijf en de rest van het regionale energiebedrijf. De huidige aandeelhouders zullen dientengevolge aandelen in het netwerkbedrijf hebben en aandelen in de holdingmaatschappij van de overige groepsonderdelen. Een aandeelhouder die nu 20% aandelen in bijvoorbeeld NUON-holding heeft, heeft straks 20% aandelen in het netwerkbedrijf en 20% aandelen in de holding’ (p. 3).

6 In eerste instantie was in de Gaswet voorzien in een meer prominente rol voor de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Deze heeft vrijwel al zijn bevoegdheden op grond van de Gaswet evenwel gemandateerd aan de directeur DTe.

7 Zie hierover S.A.C.M. Lavrijssen, ‘De mededingingsrechtelijke aspecten van de Elektriciteitswet 1998’ en M.L. Pigmans en S.A.C.M. Lavrijssen, ‘De mededingingsrechtelijke aspecten van de Gaswet’, in: *Praktijkboek Mededingingswet*, Band 2, Elsevier, 2002.

8 Zie daarover J.E. Janssen en M.L. Pigmans, ‘Tariefregulering in de Nederlandse energiesector’, in: H.J. de Ru (red.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Sdu, 2003.

van een netbeheerder te voorkomen of te repareren. Zo kan de Minister de netbeheerder die niet in staat is, of zal zijn, te voldoen aan zijn wettelijke verplichtingen opdragen door hem noodzakelijk geachte voorzieningen te treffen (van welke mogelijkheid de Minister overigens nog nooit gebruik heeft hoeven maken). Voor het geval een netbeheerder niet voldoet aan een dergelijke opdracht, bestaat al langere tijd de mogelijkheid om de (aanwijzing van) een netbeheerder te vervangen door (de aanwijzing van) een andere netbeheerder. Op grond van de I&I-wet bevat de energiewetgeving nu tevens de mogelijkheid om de netbeheerder 'onder curatele te stellen', door de netbeheerder aan te zeggen dat hij vanaf een bepaald moment de opdrachten dient op te volgen die aan hem worden verstrekt door een door de Minister aangewezen 'stille curator'. Voor schade ten gevolge van handelingen in strijd met dergelijke opdrachten zijn bestuurders persoonlijk aansprakelijk tegenover de netbeheerder. Omdat de I&I-wet voorschrijft dat de netbeheerder over de economische eigendom van het net moet beschikken is aan de vervanging van een netbeheerder een vorm van onteigening gekoppeld op grond waarvan bij toepassing van dit ultimatum remedium de economische eigendom van het netwerk moet worden overgedragen aan de door de Minister nieuw aangewezen netbeheerder.

Bindende aanwijzing, last onder dwangsom en bestuurlijke boete

Sinds de inwerkingtreding van de I&I-wet beschikt de directeur DTe over drie krachtige handhavingsinstrumenten: de bindende aanwijzing, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.⁹ (Het voor de energiebedrijven goede nieuws is dat overtreding van bepaalde energierechtelijke verplichtingen niet langer een economisch delict oplevert; van de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving is evenwel door het Openbaar Ministerie nooit gebruik gemaakt.)

Het instrument van de bindende aanwijzing is op zich niet nieuw. Een bindende aanwijzing is volgens het Handhavingsplan DTe¹⁰ een

[...] dwingend schrijven van de directeur DTe waarin is vastgelegd welke bepalingen uit de E-wet danwel uit [...] de Gaswet niet zijn nageleefd en

waarin de directeur DTe de partij verplicht om binnen een bepaalde termijn na dagtekening van het dwingend schrijven alsnog aan de bepaling uit de E-wet of de Gaswet te voldoen'.

Vóór de inwerkingtreding van de I&I-wet was de directeur DTe al bevoegd tot het geven van een bindende aanwijzing in verband met de naleving van de E-wet. Een dergelijke algemene aanwijzingsbevoegdheid ontbrak evenwel in de Gaswet. Met de inwerkingtreding van de I&I-wet geldt deze algemene bevoegdheid zowel voor elektriciteit als voor gas. Bovendien staat op niet-naleving van een bindende aanwijzing thans een bestuurlijke boete van de (zware) tweede categorie (zie hierna) terwijl vóór de inwerkingtreding van de I&I-wet niet-naleving van een bindende aanwijzing slechts kon leiden tot een last onder dwangsom. De energiebedrijven moeten afwachten hoe de directeur DTe van haar (nog verder) verruimde beleidsvrijheid voor het geven van bindende aanwijzingen gebruik zal maken; het Handhavingsplan DTe biedt hier geen houvast. Onjuist lijkt mij in ieder geval de stelling dat een bindende aanwijzing niet alleen zou kunnen dienen om een (vage) norm nader uit te werken, maar zelfs om een bestaande norm aan te scherpen.¹¹

Ook het instrument van de last onder dwangsom, volgens het Handhavingsplan DTe omschreven als 'het opleggen van een verplichting (de last) om een overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding danwel herhaling hiervan te voorkomen, ondersteund door een financiële druk (dwangsom)', is niet nieuw. Nieuw is wel dat de mogelijkheden voor de directeur DTe tot het geven van een last onder dwangsom in de nieuwe energiewetgeving sterk zijn uitgebreid. Bovendien is het thans niet langer noodzakelijk dat de directeur DTe voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom een bindende aanwijzig geeft (de E-wet en Gaswet stellen hierover nogal cryptisch dat dit alleen nog maar hoeft indien daarvoor naar het oordeel van de directeur DTe 'aanleiding bestaat, gelet op het voorschrift waarop de overtreding betrekking heeft'). Voordat een last onder dwangsom wordt opgelegd moet door de directeur DTe wel een rapport worden opgesteld, waarover de overtreder zijn zienswijze naar voren kan brengen. Tegen een besluit waarbij een last onder dwangsom

9 Zie hierover ook M.Vleggeert, 'Nieuwe handhavingsmogelijkheden voor DTe', in: *NTE* 2004, nr. 3, p. 112.

10 Juli 2004, te vinden op <www.dte.nl>.

11 Vergelijk M.Vleggeert, t.a.p., de suggestie een norm middels een bindende aanwijzing aan te scherpen is ook niet overgenomen in het Handhavingsplan DTe.

wordt opgelegd staat beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven.

Nieuw is de bevoegdheid van de directeur DTe om een bestuurlijke boete op te leggen met betrekking tot de overtreding van een groot aantal bepalingen in de E-wet en de Gaswet. Voor de maxima voor dergelijke boetes heeft de wetgever zich laten inspireren door de Mededingingswet. De E-wet en G-wet kennen twee boetecategorieën. Voor sommige 'lichtere' overtredingen, waaronder bijvoorbeeld het niet-uitvoeren van een wisseling van leverancier binnen een bij ministeriële regeling te stellen termijn, geldt per overtreding een boetemaximum van € 450.000 of, indien dat meer is, 1% van de omzet van de overtreder in het voorafgaande boekjaar. Voor andere, 'zwaardere' overtredingen, waaronder zoals aangegeven niet-naleving van een bindende aanwijzing, geldt per overtreding een boetemaximum van maar liefst 10% van de omzet van de overtreder in het voorafgaande boekjaar. Voordat een boete wordt opgelegd moet, evenals bij de last onder dwangsom, een rapport worden opgesteld waarop de overtreder kan reageren. Tegen een besluit waarbij een boete wordt opgelegd staat eveneens beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven. Gezien de enorme hoeveelheid grotendeels nieuw ingevoerde wettelijke verplichtingen waarop een boete staat, kunnen de energiebedrijven hun borst nat maken. Blijkens de door de DTe informatie- en consultatiebijeenkomst I&I-wet van 13 augustus 2004 (die gelet op de opkomst aan een grote behoefte voldeed) gaf de DTe desalniettemin aan, niettegenstaande de praktijk bij de NMa, geen nadere duidelijkheid te willen verstreken over haar boetebeleid in de vorm van het

opstellen van beleidsregels. Bij het ontbreken van dergelijke beleidsregels en van precedents is het voor de energiebedrijven derhalve zaak zich adequaat te verweren wanneer een boete dreigt.

Conclusie

Er is geen sector in Nederland die zo streng gereguleerd is als de energiesector en die zo onder de knoet zit van de toezichthouder. Daarbij springen twee zaken in het oog. Ten eerste dat de directeur DTe vooralsnog weigert om zijn nieuwe boetebeleid uiteen te zetten. Dit bevordert de rechtszekerheid niet, mede gezien het feit dat ook voor het meest prudent opererende energiebedrijf een incidentele overtreding van één van de vele bepalingen waarop een boete staat onvermijdelijk lijkt. Bovendien is het voor de energiebedrijven niet mogelijk aan alle nieuwe bepalingen van de E-wet en Gaswet op stel en sprong uitvoering te geven, terwijl bij niet-nakoming van die bepalingen wel een (draconische) boete dreigt. Ten tweede is opmerkelijk dat de Minister, ondanks het feit dat alle mogelijke publieke belangen in de nieuwe energiewetgeving stevig verankerd lijken, niet wil wachten op een evaluatie van die aangescherpte wetgeving maar doordendert op een in Europa nog onbetreden pad waarbij netwerkbedrijven moeten worden afgesplitst en niet in handen mogen komen van private energiebedrijven. De 'lijn van het Kabinet ... dat borging van publieke belangen dient te gebeuren via regelgeving en toezicht' en dus niet via aandeelhouderschap lijkt hier ver te zoeken.¹²

Mr.dr.s. J.E. Janssen is partner en advocaat in de Energy and Utilities praktijk van Allen & Overy LLP te Amsterdam.

12 Beantwoording door de Minister van vragen van het Kamerlid Crone op 13 augustus 2004; zie ook de huidige directeur-generaal marktwerking G.L. Lankhorst, 'Marktwerking in Nederland: IJzige poolwind of frisse zeebries?', in: M.M. Roggenkamp en J.A.M. Bos (red.), *Energieliberatisatie in Nederland op koers?*, Intersentia, 2001: 'Er is veel voor te zeggen deze bedrijven te privatiseren. In de eerste plaats omdat hiermee een dubbele petten-probleem – overheid houdt toezicht op eigen bedrijven – wordt voorkomen. Bovendien is inmiddels ruimschoots aangetoond dat private bedrijven efficiënter werken dan publieke' (p. 271).