

Het vangnet van de NMa: weg ermee!

mr. drs. J.E. Janssen*

Voorafgaand aan de volledige liberalisering van de energiemarkt zijn in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet bepalingen opgenomen die de raad van bestuur van de NMa de bevoegdheid geven voorafgaand aan de inwerkingtreding ervan de leveringstarieven voor kleinverbruikers te beperken tot hetgeen hij redelijk oordeelt. De auteur onderwerpt deze zogenoemde vangnetregeling en de praktijk van de NMa in dit artikel aan een kritische beschouwing. Daarbij plaatst hij kanttekeningen bij zowel de rechtmatigheid als de noodzaak van de regeling. De wetgever heeft voorzien in de tijdelijkheid van de vangnetregulering en naar de mening van de auteur is de tijd van afschaffing gekomen.

1. Over de wettelijke verankering van de vangnetregulering

1.1 De wet

De vangnetregulering door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) is opgenomen in de leden twee tot en met zes van art. 95b van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en de materieel identieke leden twee tot en met zes van art. 43 Gaswet. Deze bepalingen beogen kleinverbruikers te beschermen tegen een te hoge prijsstelling (en onredelijke voorwaarden) door 'houders van een vergunning' voor de levering aan kleinverbruikers (hierna: leveranciers).

De kernbepaling van de vangnetregulering is te vinden in het derde lid van de respectieve artikelen. Die bepaling geeft de NMa de bevoegdheid een 'tarief' vast te stellen dat een leverancier ten hoogste mag berekenen voor de levering van elektriciteit of gas aan kleinverbruikers indien de NMa van oordeel is dat het tarief dat zo'n leverancier berekent 'onredelijk' is omdat daarin 'de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering', die mede inhoudt 'de inkoop van elektriciteit en van energiebronnen voor opwekking daarvan' respectievelijk 'de inkoop van gas', in 'onvoldoende mate leiden tot kostenverlaging'.

Het tweede lid bepaalt dat een leverancier de NMa 'ieder jaar en vier weken voor de wijziging van de tarieven' een opgave verschaft van de tarieven die hij berekent bij de levering aan kleinverbruikers. Deze tariefaanleveringsplicht geeft de NMa de mogelijkheid de leveringstarieven vooraf op redelijkheid te toetsen.¹ Voor het geval een tarief onredelijk hoog wordt geoordeeld bepaalt het vierde lid dat na de vaststelling van het maximumtarief de tarieven voor de levering aan kleinverbruikers die hoger zijn dan dat maximumtarief van rechtswege op dat maximumtarief worden gesteld. Het vijfde lid geeft de wettelijke basis voor een algemene maatregel van bestuur (hierna: amvb) met nadere regels voor de bepaling van de redelijkheid van de tarieven en de vaststelling van het maximumtarief. Een ontwerp voor een dergelijke amvb moet worden 'voorgehangen' bij

beide kamers van het parlement. Zo'n amvb is er evenwel nooit gekomen. Ten slotte voorziet het zesde lid erin dat het tweede tot en met zesde lid, en daarmee alle vangnetbepalingen, vervallen op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.² Voor dit besluit is dezelfde voorhangprocedure voorgeschreven.

Met het vervallen van de vangnetregulering is niet elke toets op de redelijkheid van leveringstarieven aan kleinverbruikers van de baan. De vangnetregeling is een aanvulling op de bestaande verplichting opgenomen in het eerste lid van de art. 95b E-wet en 44 Gaswet om onder meer 'tegen redelijke tarieven' zorg te dragen voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.³

De vangnetbepalingen zijn ingevoerd op 1 januari 2002⁴, bij de verlate inwerkingtreding van een deel van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector.⁵ Dat is ver voorafgaand aan de volledige liberalisering van de energiemarkt voor kleinverbruikers van 1 juli 2004 zodat de toezichthouder ruim de tijd had een vangnetsystematiek te ontwikkelen.

1.2 De bedoeling van de wetgever

Het vangnet is een wonderlijk fenomeen in een geliberaliseerde markt. Liberalisering impliceert vertrouwen in de markt en daarmee de totstandkoming van prijzen als uitkomst van vraag en aanbod. De wettelijke bevoegdheid maximumprijzen op te leggen is een brevet van wantrouwen

* Jan Erik Janssen is advocaat bij Stek en redacteur van dit blad. De auteur dankt Stephanie Goossens en Martha Brinkman, beide eveneens advocaat bij Stek, voor hun commentaar. Fouten en opvattingen zijn die van de auteur. De auteur is advocaat van een aantal energiebedrijven, waaronder leveranciers, maar heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

1. Bij overtreding van art. 95b, tweede lid, E-wet en art. 44, tweede lid, Gaswet kan de NMa de leverancier per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000 of, indien dat meer is, één procent van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan het boebesluit (art. 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel a, E-wet respectievelijk art. 60ad, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Gaswet).
2. Daarmee vervalt abusievelijk niet automatisch de in de vorige voetnoot aangehaalde wettelijke sanctie op overtreding van het tweede lid.
3. Bij overtreding van art. 95b, eerste lid, E-wet en art. 44, eerste lid, Gaswet kan de NMa de leverancier per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste tien procent van de omzet in het boekjaar voorafgaand aan het boebesluit (art. 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel b, E-wet respectievelijk art. 60ad, eerste lid, aanhef en onderdeel b, Gaswet).
4. *Stb.* 2001, 577.
5. *Stb.* 2000, 607.



met betrekking tot de uitkomsten van vrije marktwerking. Die tweeslachtigheid is terug te vinden in de totstandkoming van de vangnetregeling. De vangnetregeling is een gevolg van een (gewijzigd) amendement van de leden Crone en Van Walssem.⁶ De indieners hadden met het amendement een situatie voor ogen waarbij door leveranciers na volledige liberalisering van de markt ten behoeve van prijsgevoelige afnemers zou worden geconcurrereerd op kosten van zogenoemde 'slapende' kleinverbruikers. Ter voorkoming van die situatie zou één, voor alle 'leveranciers' (meervoud) geldend maximaal 'tarief' (enkelvoud) kunnen worden vastgesteld. Crone lichtte dit als volgt toe: 'Het risico bestaat dat die 80%, de mensen die toch blijven zitten, een kleine prijsverhoging van enkele procenten per jaar, voor hun kiezen krijgen. Voor de bedrijven die deze prijsverhoging in rekening brengen is dat echter een enorme som geld die het hen mogelijk maakt om door scherp te concurreren te dingen naar de gunst van die 20% die zich wel flexibel in de markt opstelt'.⁷ De minister zag niets in een systeem met een maximumtarief en wist de indieners van het amendement als alternatief een actieve opstelling van de NMa te verkopen.⁸

2. Over de praktijk van de NMa

2.1 Beoordeling en procedure

De vangnetsystematiek wordt door de NMa op haar website kort uiteengezet in de vorm van een 'Korte beschrijving tarieftoezicht (vangnet) elektriciteit en gas' (hierna: de korte beschrijving van de NMa).⁹

De tariefaanleveringsplicht

Wat betreft de tariefaanleveringsplicht bevat de korte beschrijving van de NMa geen extra informatie. In de praktijk heeft de NMa voor tariefaanleveringsplicht een uniforme 'invulinstructie' ontwikkeld behorend bij een webapplicatie.¹⁰ Via een webformulier dient de leverancier de wijzigingen van berekende tarieven voor een elektriciteit- of gasproduct voor kleinverbruikers ieder jaar en vier weken voor ingangsdatum door te geven. Daarbij wordt een product gedefinieerd door de kenmerken: soort energie (elektriciteit, gas of dual fuel), groen/grijs, de looptijd, de prijszetting, de verdere voorwaarden en de productnaam. Een verschil in één van de kenmerken betekent dat er sprake is van een ander product waarvoor de leverancier een apart webformulier moet invullen. In de praktijk worden een hoop fouten gemaakt met het tijdig aanleveren en invullen van deze webformulieren. De praktijk kent voornamelijk slechts één boetesluit wegens overtreding van de verplichting tot tijdige tariefaanlevering in de art. 95b, tweede lid, E-wet en art. 44, tweede lid, Gaswet.¹¹ Bij brief van 19 oktober 2009 aan alle leveranciers is door de NMa benadrukt dat iedere vergunninghouder met alle tarieven moet voldoen aan de tariefaanleveringsplicht. In de brief, waarvan publicatie op de website van de NMa niet had misstaan, heeft de NMa aangegeven hoe invulling gegeven kan worden aan de tariefaanleveringsplicht voor 'relatieve tarieven' en 'actietarieven'. Onder 'relatieve tarieven' verstaat de NMa tarieven die met een vaste prijsformule direct zijn af te leiden uit de tarieven van andere, gespecificeerde leveranciers. Voor relatieve tarieven moet een leverancier voor een bepaalde periode vooraf en minimaal vier weken voor ingangsdatum aan de NMa opgeven welke vaste prijsformule hij gedurende die periode zal toepassen bij de bepaling van de relatieve tarieven. Daarna moet de leverancier die relatieve tarieven hanteert,

zijn uiteindelijke tarieven na vaststelling uiterlijk op de dag van ingangsdatum ter verificatie indienen bij de NMa. Onder 'actietarieven' verstaat de NMa standaardtarieven die, bijvoorbeeld via aparte verkoopkanalen, met een korting worden aangeboden. Een vergunninghouder kan in het webformulier aangeven dat hij het betreffende product met een korting als actietarief aanbiedt, wat de minimale en maximale korting is en via welke kanalen hij deze actietarieven aanbiedt.

De procedure

Wat betreft de verdere procedure meldt de korte beschrijving van de NMa dat een kWh- of m³-tarief redelijk is 'indien het tarief van een leverancier lager is dan de som van de door de Energiekamer geschatte inkooprij en brutomarge. Zowel de inkooprij als de brutomarge waaraan getoetst wordt, worden binnen de vangnetmethodiek bepaald. Indien een leverancier niet voldoet aan dit criterium, zal de betreffende leverancier, alvorens de Energiekamer besluit in te grijpen, de mogelijkheid krijgen om de overschrijding van het door de Energiekamer maximaal redelijke tarief toe te lichten'. In de praktijk stelt de NMa, waaronder het vangnetteam, zich in mijn ervaring constructief op bij vermeende incidenten en overtredingen van de vangnetbepalingen. Indien de NMa van mening is dat de leverancier er niet in is geslaagd de bezwaren van de NMa weg te nemen volgt tegenwoordig een 'kruispuntgesprek' waarin de leverancier kan aangeven of hij kiest voor vrijwillige aanpassing van het tarief of niet. In het laatste geval zal de NMa een concept maximumtariefbesluit opstellen. Op grond van art. 4:8, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht krijgt de leverancier vervolgens de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen. Indien die zienswijze de NMa niet kan overtuigen krijgt de leverancier in mijn ervaring alsnog de mogelijkheid publicatie van een maximumtariefbesluit te voorkomen door akkoord te gaan met door de NMa verifieerbare compensa-

6. *Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 30.* In eerste instantie was alleen voorzien dat leveranciers ieder jaar hun voorgenomen tarieven zouden melden, veel later is dit door een amendement van Crone c.s. op het wetsvoorstel voor de zogenoemde I&I-wet uitgebreid naar een verplichting iedere tariefswijziging vier weken van tevoren te melden (*Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 42*).
7. *Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 27, p. 44.*
8. Vgl. Crone: 'Ik heb steeds gepleit voor een maximumprijs en ik blijf daarbij. Ik accepteer wel dat er geen generieke maximumprijs hoeft te zijn die vooraf wordt gepubliceerd. Ik heb wel begrepen dat [de NMa] in de startblokken staat om snel te beoordelen of de prijzen die bedrijven publiceren, extreem afwijken van wat normaal in de markt mag. Het betreffende bedrijf zou dan een verlaagde prijs opgelegd moeten krijgen. Als deze werkwijze binnen de huidige wet is toegestaan, reken ik erop dat dit wordt uitgevoerd. Zo niet, dan zal ik daartoe een amendement indienen' (*Kamerstukken II 2003/04, 29 303 en 29 372, nr. 9, p. 10*).
9. Te vinden op www.energiekamer.nl/nederlands/gas/levering/tarieftoezicht.asp.
10. De laatste versie is de invulinstructie 'Aanleveren nieuwe en gewijzigde tarieven en voorwaarden door vergunninghouders' van december 2010, te vinden op www.energiekamer.nl/nederlands/extranet/tariefwijzigingen.asp.
11. Besluit 103175/107 van 16 december 2009 inzake Centrica Energy Netherlands B.V.



tie van alle getroffen kleinverbruikers. De NMa is niet bereid af te zien van publicatie van het maximumtariefbesluit tot, bijvoorbeeld, de daartegen gerichte bezwaren zijn afgewezen. Tot op heden is nog geen enkel maximumtariefbesluit gepubliceerd.

Beoordeling

Over de inhoudelijke beoordeling valt in de korte beschrijving van de NMa het volgende te lezen: *'De beoordeling van de redelijkheid van de tarieven voor levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers vindt plaats door de leveringstarieven te vergelijken met haalbare efficiënte kosten voor levering van elektriciteit en gas. Deze kosten bestaan uit inkoopkosten en een brutomarge. De brutomarge omvat overheadkosten en een winstmarge. Voor elektriciteit geldt bovendien dat tarieven voor groene en grijze stroom apart beoordeeld worden'*. Wat betreft de beoordeling is sprake van een beoordelingsmodel, een spreadsheet, waarmee alle gemelde vergelijkbare producten op een uniforme manier met elkaar worden vergeleken. Dit beoordelingsmodel is geheim.

2.2 Praktische problemen

Geheim beoordelingsmodel

In de praktijk ondervinden leveranciers problemen met de vangnetregeling. Daarvan stip ik er drie aan. Een eerste probleem ligt in het geheime karakter van het beoordelingsmodel. Het geheime karakter van het beoordelingsmodel is een integraal onderdeel van de vangnetregeling van de NMa. Dat bevordert niet het vertrouwen tussen NMa en leveranciers en maakt bijvoorbeeld een concept maximumtariefbesluit door een leverancier niet goed toetsbaar.

Rigide gebruikmodel

Het tweede probleem ligt in het rigide gebruik van het beoordelingsmodel. Enerzijds is het gebruik van een model begrijpelijk vanuit de behoefte leveranciers gelijk te behandelen. Anderzijds heeft de NMa ook de verplichting om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen naar de mate waarin zij verschillen. In de praktijk zijn er een hoop rechte relevante verschillen en dat is ook goed in een geliberaliseerde markt. Ten eerste zijn er verschillen tussen de bestaande leveranciers en nieuwkomers. Bestaande leveranciers kunnen profiteren van een bestaande klantenportefeuille terwijl nieuwe leveranciers die, veelal relatief minder trouwe, klantportefeuille door middel van werving nog moeten zien op te bouwen. Daarbij maakt het ook een groot verschil hoe wordt omgegaan met afschrijvingen over die wervingskosten en of een leverancier bijvoorbeeld tracht zijn marges te halen op zijn elektriciteit- en gasproducten of alleen op één van beide. Met dergelijke verschillen in strategie houdt het beoordelingsmodel van de NMa geen rekening. Wat betreft producten met een variabele looptijd maakt het model ook geen onderscheid tussen kleinverbruikers die bewust kiezen voor een bepaald product en kleinverbruikers die uit hun contract voor bepaalde tijd 'lopen' zonder actie te ondernemen. Wat betreft producten met een vaste looptijd bestraft het model het inkopen ten behoeve van een groep klanten (een nieuwe campagne bijvoorbeeld) op een moment dat niet heel dicht ligt tegen de ingangsdatum van de levering. Indien de groothandelsprijzen sinds de inkoopdatum zouden zijn gedaald beschouwt het model dit name-

lijk als een vorm van ongewenste speculatie. Daarnaast is de vangnetregulering weinig geschikt voor leveranciers die eigenlijk op de zakelijke markt actief zijn maar die, voor het kunnen aanbieden van een totaalpakket, ook een leveringsvergunning aan kleinverbruikers hebben aangevraagd.¹² Dergelijke leveranciers zitten veelal niet te wachten op consumenten (en de verplichting individuele consumenten tegen op de website gepubliceerde tarieven te moeten beleveren) en hun klanten niet op consumentenbescherming.

Naming and shaming

Een derde probleem is dat van naming and shaming. In energierechtfora is soms verbazing uitgesproken over de afwezigheid van openbare beschikkingspraktijk en jurisprudentie met betrekking tot de vangnetregulering. Die verbazing is naïef. De NMa stelt zich immers op het standpunt dat elk besluit tot vaststelling van maximumtarieven op haar website gepubliceerd moet worden. Publicatie van een dergelijk besluit betekent per definitie grote imagoschade voor de leverancier die gelijk bekend staat als 'onredelijk' duur (respectievelijk inefficiënt). Dat kan een leverancier zich in de regel niet veroorloven. Dat zaken uitsluitend buiten de openbaarheid worden afgedaan is voor de rechtsontwikkeling evenwel niet bevorderlijk.

3. Over rechtmatigheid en noodzaak

3.1 Rechtmatigheid

Zonder pretentie van volledigheid plaats ik bij de rechtmatigheid van de vangnetregulering drie kanttekeningen.

Geheim beoordelingsmodel

De eerste kanttekening betreft het feit dat het gedrag van leveranciers wordt beoordeeld en gesanctioneerd op basis van een geheim beoordelingsmodel. Leveranciers worden daardoor behandeld als Josef K. in Kafka's roman *Der Prozess*.¹³ In de korte beschrijving van de NMa staat ter rechtvaardiging: *'De details van de vangnetmethodiek zijn niet openbaar om eventueel strategisch gedrag te voorkomen'*. Onder strategisch gedrag moet volgens de NMa worden begrepen

12. Vgl. Vrijhandelsoptiek 10 januari 2011, Stelsel van leveranciersvergunningen is toe aan herziening: *'Het belangrijkste doel van een vergunning is het beschermen van de kleinverbruiker. Om dat te bereiken, schrijft de wet onder andere voor dat vergunninghouders tarieven en leveringscondities vier weken voorafgaand aan de toepassing bij de NMa moeten melden. Deze procedure past eigenlijk niet in een vrije markt. Niet het toezicht maar de concurrentie moet zorgen voor scherpe prijzen. Wat nauwelijks geschikt is voor particulieren, past al helemaal niet bij de wensen van inkopers in de zakelijke markt. Bij aanbestedingsprocedures zijn het meestal de aanbestedende organisaties die hun eigen voorwaarden en prijsconstructies dwingend opleggen aan de potentiële leveranciers'*.
13. Vgl. de heruitgave van Fischer Taschenbuch Verlag, 1983: *'Sie dürfen nicht weggehen, Sie sind ja verhaftet'. 'Es sieht so aus', sagte K. 'Und warum denn?' fragte er dann. 'Wir sind nicht dazu bestellt, Ihnen das zu sagen. Gehen Sie in Ihr Zimmer und warten Sie. Das Verfahren ist nun einmal eingeleitet, und Sie werden alles zur richtigen Zeit erfahren'* (p. 8); *'Das ist Gesetz. Wo gäbe es da einen Irrtum?', 'Dieses Gesetz kenne ich nicht', sagte K. 'Desto schlimmer für Sie', sagte der Wächter'* (p. 11).



dat leveranciers met hun tarieven richting het maximumtarief kruipen wanneer het beoordelingsmodel openbaar zou worden. Voor empirische ondersteuning van die stelling verwijst de NMa naar een oud rapport van de Engelse toezichhouder.¹⁴ In overeenstemming daarmee wordt een verzoek om openbaarmaking van het model op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) door de NMa afgewezen op de grond dat openbaarmaking van het beoordelingsmodel niet opweegt tegen het belang van toezicht als bedoeld in art. 10, tweede lid, aanhef en onderdeel d, Wob. Een rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag of deze weigering rechtmatig is.

Verenigbaarheid met Europees recht

Een tweede kanttekening bij de vangnetregulering betreft de verenigbaarheid met het Europees recht. In dat verband verwijs ik naar het arrest van het Hof van Justitie (hierna: het Hof) in de zaak *Federutility*.¹⁵ In dat arrest ging het primair om de vraag of een prijsinterventie van de Italiaanse energieautoriteit voor de levering van aardgas aan consumenten na 1 juli 2007 (de voorgeschreven einddatum voor volledige liberalisering) zich verdraagt met de tweede gasrichtlijn (Richtlijn 2003/55/EG). In zijn arrest oordeelt het Hof dat uit de doelstelling en de algemene opzet van de tweede gasrichtlijn volgt dat de prijs voor de levering van aardgas vanaf 1 juli 2007 uitsluitend door het spel van vraag en aanbod moet worden bepaald.¹⁶ Alleen op de voorwaarden van de tweede gasrichtlijn, zoals opgenomen in art. 3, is het mogelijk dat een lidstaat na 1 juli 2007 intervineert in de vaststelling van de leveringsprijs voor aardgas.¹⁷ Op grond van art. 3, tweede lid, van de tweede gasrichtlijn mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan bedrijven die in de gasector actief zijn verplichtingen inzake openbare dienstverlening opleggen, die onder meer betrekking kunnen hebben op de prijs van de leveringen. Deze verplichtingen moeten 'duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en de gelijke toegang van EU-aardgasbedrijven tot nationale consumenten waarborgen'. Art. 3, zesde lid, van de tweede gasrichtlijn schrijft voor dat de lidstaten de Europese Commissie op de hoogte moeten brengen van alle voorgestelde maatregelen en de wijzigingen daarvan. Daarenboven is 'volledige inachtneming' van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), en met name van art. 106 VWEU, geboden. Het Hof wijst in dat verband op het feit dat uit de bewoordingen van art. 106 VWEU volgt dat de openbare dienstverleningsverplichtingen het evenredigheidsbeginsel moeten eerbiedigen en dat deze verplichtingen na 1 juli 2007 dan ook enkel aan de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van aardgas mogen afdoen 'voor zover dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van de door deze verplichtingen beoogde doelstellingen van algemeen economisch belang, en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode mogen gelden'.¹⁸ Voor de beoordeling of een prijsinterventie aan dit evenredigheidsbeginsel voldoet geeft het Hof de verwijzende rechter een drietal aanwijzingen.¹⁹ Een dergelijke interventie moet zowel qua duur, methode als werkingssfeer beperkt worden tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling van algemeen economisch belang. Wat de werkingssfeer betreft oordeelt het Hof dat het evenredigheidsvereiste 'in beginsel niet geëerbiedigd [is] indien de vaststelling van referentieprijzen voor de leve-

ring van aardgas, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, gelijkelijk ten goede komt aan particulieren en aan ondernemingen, als eindafnemers van gas'.²⁰ De vangnetregulering geldt in Nederland evenwel behalve voor consumenten ook voor zakelijke kleinverbruikers. De vangnetregulering is bij mijn weten niet gemeld bij de Europese Commissie als openbare dienstverleningsverplichting. Het lijkt mij ook twijfelachtig of aan de strenge voorwaarden voor het opleggen van openbare dienstverleningsverplichtingen is voldaan. In het bijzonder kan worden betwijfeld of een vangnetregulering op grond van een geheim beoordelingsmodel 'transparant' en 'controleerbaar' is en of voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel op grond van art. 106 VWEU. Behalve qua werkingssfeer heb ik in dat verband ook mijn twijfels over de noodzaak van de duur van de, als tijdelijk bedoelde, Nederlandse vangnetregulering.²¹

Wettelijke bevoegdheid

Een derde kanttekening betreft de invulling die NMa geeft aan haar wettelijke bevoegdheid. Bij de invoering van de vangnetregulering is niet beoogd om elk product van elke leverancier tot in lengte van dagen aan een spreadsheet met door de NMa efficiënt geoordeelde tarieven te toetsen. Zo-

14. Ofgem, 'Review of domestic gas and electricity competition and supply price regulation; evidence and initial proposals', November 2001.
15. Zaak C-265/08, te vinden op www.curia.eu.
16. Punt 18.
17. Deze bepaling is ook opgenomen in de derde gasrichtlijn (Richtlijn 2009/73/EG) en de derde elektriciteitsrichtlijn (Richtlijn 2009/72/EG).
18. Punt 33.
19. Punten 34 t/m 43.
20. Punt 43.
21. Vgl. het concentratiebesluit van 21 mei 2007 in de zaak 6015/Nuon-Essent te vinden op www.nma.nl: 'De vangnetregulering van de NMa/DTe heeft tot doel kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven en voorwaarden. Deze regulering kan niet worden gezien als een alternatief voor marktwerking. Regulering is als middel noodzakelijk wanneer en voor zolang de marktwerking onvoldoende wordt geacht' (randnummer 230). Vgl. ook de beschikking van de Europese Commissie van 11 september 2008 waarbij is vastgesteld dat de aanbestedingsvrijstelling van art. 30, lid 1, van Richtlijn 2004/17 wegens voldoende marktwerking niet van toepassing is op de productie van en groothandel in elektriciteit in Polen (*PbEU* 2008, L 251/35): 'Voorts wordt in de technische bijlage erop gewezen dat het duidelijk is dat het bestaan van gereguleerde prijzen voor eindgebruikers een belangrijke bepalende factor voor het gedrag van afnemers is en dat hoewel behoud van prijsbeheersing in een overgangperiode gerechtvaardigd kan zijn, dit in toenemende mate verstoringen zal opleveren naarmate de noodzaak van investeringen dringender wordt' (overweging 12); 'Voorts geldt voor huishoudens nog een systeem van prijsbeheersing waarbij de beheerders jaarlijks aan de toezichhouder moeten opgeven welke tarieven zij willen hanteren. Wat het overstappercentage bij de grote tot zeer grote industriële (eind)gebruikers en de prijsbeheersing voor eindgebruikers betreft, is de situatie in Polen dus niet bevredigend en wijst deze niet op een rechtstreekse blootstelling aan mededinging' (overweging 13).



als hiervoor uiteengezet was het amendement geïnspireerd op de toentertijd²² bestaand prijsregulering voor ‘beschermde afnemers’ (afnemers zonder vrije leverancierskeuze), waarbij is gedacht aan het vaststellen van één maximumtarief voor alle leveranciers indien de concurrentie om nieuwe klanten zou worden uitgevochten over de rug van de kleinverbruikers die langer genegen zijn bij hun oude leverancier te blijven. De NMa stelt zich in de praktijk op het standpunt dat bij de uitbreiding van de tariefaanleveringsplicht waarbij leveranciers elke vier weken voor wijziging daarvan hun tarieven aan de NMa moeten opgeven, door de wetgever rekening is gehouden met het vaststellen van maximumtarieven voor elk individueel product. Ik betwijfel of een rechter een dergelijke verstrekkende uitbreiding van de ratio van de vangnetregeling in het betreffende amendement leest.²³ Ook de hiervoor aangehaalde praktische problemen geven uitdrukking aan twijfels of de NMa met haar modelmatige invulling niet haar bevoegdheden overschrijft. Zo kan een significante daling van de groothandelsprijzen tussen het moment van inkoop ten behoeve van een campagne voor een nieuwe groep kleinverbruikers en het moment waarop de nieuwe tarieven voor die kleinverbruikers ingaan ertoe leiden dat een kleine leverancier door de NMa gedwongen wordt met verlies te leveren. In dat geval wordt een veel strengere maatstaf aangelegd dan voor een leverancier met een economische machtspositie op grond van het commune mededingingsrecht.²⁴ Dit staat wel heel ver af van de bescherming van de consument tegen ‘woekermarges’ van de leverancier.²⁵ Daarmee verwordt het vangnet onbedoeld tot een wurgtouw voor de leverancier.

3.2 Noodzaak

Over de noodzaak van de vangnetregulering maak ik, wederom zonder pretentie van volledigheid, de volgende onderling verweven opmerkingen. Voor het opleggen van maximumprijzen, een paardenmiddel in elke geliberaliseerde markt, is een dwingende noodzaak uit hoofde van publieke belangen vereist. Dat wordt bevestigd in het hiervoor aangehaalde arrest *Federutility* en lijkt ook de mening van de voorganger van de verantwoordelijke minister: ‘De minister is hartstochtelijk voorstander van een zo groot mogelijke marktwerking en voelt er daarom niets voor om behalve in uitzonderlijke gevallen als overheid te interveniëren in de markt’.²⁶ De noodzaak van de vangnetregeling wordt in de korte beschrijving van de NMa gezocht in een vaag omschreven marktfaal: ‘Als de energiemarkten voldoende transparant zijn en het switchen van leverancier goed verloopt, is de verwachting dat een interventie van de Energiekamer niet nodig zal zijn. In een goed werkende markt mag verwacht worden dat leveringstarieven concurrerend en niet onredelijk zijn’. Aan de korte beschrijving van de vangnetregeling is een alinea toegevoegd over het onderzoek dat The Brattle Group in 2009 voor de NMa heeft uitgevoerd. De samenvatting is duidelijk: ‘Uit dit onderzoek blijkt dat het tarieftoezicht een positieve bijdrage levert aan de consumentenwelvaart in Nederland. Ook lijken de voorwaarden waaronder het tarieftoezicht bij koninklijk besluit zou kunnen worden afgeschaft vijf jaar na de liberalisering nog niet van kracht te zijn’. Het bijbehorend nieuwsbericht van de NMa van 4 september 2009 heeft als trotse kop: ‘Toezicht op redelijkheid energietarieven levert op jaarbasis EUR 250 miljoen op’.

Het Brattle-rapport

Het zou mijns inziens jammer zijn indien met een dergelijk nieuwsbericht elke (politieke) discussie over de noodzaak van de vangnetregulering in de kiem wordt gesmoord. Ten eerste dekt deze kop niet de lading van het betreffende rapport ‘*Assessment of the effects of tariff regulation on the Dutch residential retail markets for energy*’ van The Brattle Group uit juni 2009 (hierna: het Brattle-rapport). Het Brattle-rapport geeft een aantal theoretische beschouwingen maar concludeert dat er geen empirische data is op grond waarvan een verantwoorde conclusie kan worden getrokken over de welvaartseffecten van de vangnetregeling in Neder-

22. Het eerste, later gewijzigde, amendement voor de vangnetregulering van Crone werd ingediend op 6 november 2000 (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 250, nr. 20).
23. De toelichting bij het betreffende amendement luidt: ‘Dit amendement beoogt dat vergunninghouders niet alleen ieder jaar, zoals nu ook al het geval is, maar ook bij iedere tariefswijziging deze tenminste 4 weken van tevoren melden bij de [NMa]. De [NMa] wordt op deze wijze beter in staat gesteld om haar bevoegdheid, op grond van art. 95b lid 3, uit te oefenen en zo te bezien of tarieven onredelijk hoog zijn en eventueel naar aanleiding daarvan een maximumtarief in te stellen’ (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 372, nr. 42, p. 2).
24. Bij gebreke aan een nadere invulling door de wetgever van hetgeen ‘onredelijk’ hoge tarieven zijn lijkt enige aansluiting bij het commune mededingingsrecht voor de hand te liggen.
25. Zie hierover de verantwoordelijke minister op 15 maart 2010 in antwoord op Kamervragen, aanhangsel 1910 bij *Handelingen II 2009/10*, antwoord 3.
26. *Kamerstukken II 2003/04*, 28 982 en 21 501-33, nr. 12, p. 14.
27. Vergelijk de volgende conclusie: ‘Price regulation will prevent or at least limit two tier pricing, provided the price cap is set at a level that limits any ‘excessive’ margins. Conversely, as discussed above (see ‘regulatory failure’), if the price cap is set sufficiently high then it will have no effect on actual pricing, nor on consumer welfare. Lack of data makes it hard to estimate just how effective Dutch price regulation is in preventing a two tier pricing outcome. The available data is compatible with a broad spectrum of possible conclusions. These range between at one extreme an ‘optimistic’ scenario, where price regulation has largely prevented the development of two-tier pricing, and at the other extreme a ‘pessimistic’ scenario where price regulation makes very little difference to outcomes. Combining the different sources of evidence used in this paper, the most likely conclusion is that the current market situation lies towards the middle of this spectrum. However, more research is required to provide a solid evidence basis for this conclusion’ (conclusie 4, p. 4). Ook in het eindrapport ‘Evaluatie van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)’ van Kwink Groep en TU Delft van 30 augustus 2010 (bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 24 036, nr. 377) wordt zonder veel omhaal gemeld dat uit het Brattle-rapport ‘blijkt dat de vangnetregulering tot verlaging van tarieven leidt en een positieve bijdrage levert aan de consumentenwelvaart in Nederland’ (p. 61).

land.²⁷ Dat Nederland zou moeten doorgaan met de vangnetregeling valt evenmin in het Brattle-rapport te lezen.²⁸ Ten tweede is een discussie over de noodzaak van de vangnetregeling aangewezen gezien de ontwikkelingen op de markten voor de levering aan kleinverbruikers sinds de invoering van de vangnetregeling. Dat die ontwikkelingen snel gaan valt onder meer te lezen in de opeenvolgende rapporten van de NMa over de werking van de kleinverbruikersmarkten voor gas en elektriciteit. In het rapport 'Monitor kleinverbruikersmarkt gas en elektriciteit 2009' van november 2009 concludeert de NMa onder meer dat het overstappercentage historisch hoog is, ook in vergelijking met België en Duitsland. In het rapport 'Monitor consumentenmarkt elektriciteit en gas 2010' van februari 2011 concludeert de NMa dat meer dan de helft van de consumenten sinds de liberalisering al eens is overgestapt.²⁹ Op grond van genoemde ontwikkelingen kan moeilijk worden volgehouden dat het onvoldoende overstappen (switchen) van leverancier door kleinverbruikers maximumprijzen kan rechtvaardigen.

Wat op dit vlak voor de NMa 'voldoende' is, is overigens niet duidelijk. Die onduidelijkheid raakt aan een andere vraag waarover een discussie welkom lijkt: wat voor kleinverbruiker wil de NMa eigenlijk beschermen? Is er voor de NMa een equivalent van 'de gemiddelde, normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument', zoals door het Hof is gedefinieerd voor onder meer de beoordeling van misleiding en verwarring tussen merken.³⁰ Moet de NMa, toegespitst op de vangnetregeling, een kleinverbruiker tegen zichzelf in bescherming nemen die willens en wetens kiest voor een product met een bepaalde, naar achteraf blijkt relatief hoge, prijs? Hoe ver moet de betrokkenheid gaan van de NMa met een kleinverbruiker die geen 'gedoe' wil en daarom zijn contract met vaste looptijd laat verlopen en daardoor een relatief hoog variabel tarief krijgt? Waar ligt de grens tussen de bescherming van kleinverbruikers en opgedrongen paternalisme? Die vragen zijn in abstracto moeilijk te beantwoorden, maar duidelijk lijkt me dat keuzevrijheid ook impliceert dat, achteraf bezien, niet altijd de beste keuze is gemaakt. Het lijkt me bovendien in algemene zin logisch dat die vragen, mede gezien de ontwikkelingen in de markt, in de tijd niet steeds op dezelfde manier zouden moeten worden beantwoord en ook voor een consument niet op dezelfde manier als voor een zakelijke kleinverbruiker.³¹

De legitimatie van de vangnetregeling lijkt met name gelegen in het gepercipieerd marktfalen op het gebied van transparantie. Dit publieke belang kan evenwel worden geborgd door gerichte maatregelen.³² De NMa is ook druk bezig met aanvullende maatregelen, mede naar aanleiding van haar conclusies op basis van de Marktmonitor kleinverbruikersmarkten 2009: 'Consumenten zullen meer vertrouwen krijgen in de energiemarkt en een beter beeld krijgen van het te behalen voordeel indien zij beter geïnformeerd zijn, is de conclusie van de NMa. Door meer transparantie krijgen consumenten een correcter beeld van de mogelijkheden en het gemak van overstappen en de voordelen die een overstap kan opleveren. De NMa zal consumenten actief gaan informeren, onder andere via de website www.consuwizer.nl. Daarnaast blijft de NMa onderzoek doen naar de objectiviteit van prijsvergelijkers en actief toezicht houden op klantenwerving'.³³ Ook heeft de NMa op 1 januari 2010 de Richtsnoeren Informatieverstrekking Energieleveranciers

aan Consumenten verscherpt. Daarin is onder meer aangegeven welke onderdelen van de tarieven op welke wijze door de leveranciers moeten worden weergegeven. Daarnaast wordt door de NMa in overleg met de sector gewerkt aan

28. Zo stelt het Brattle-rapport: '*For the avoidance of doubt, these conclusions do not automatically imply that the Netherlands should continue with retail tariff regulation. That question falls outside the scope of this report. However, it is worth noting that our analysis implies there is a trade-off between the social benefit of preventing two-tier pricing through effective regulation, and the potential costs of 'regulatory failure', now or in the future. Policy-makers considering the future of tariff regulation would need to form a judgment concerning that trade-off*' (p. 4).
29. De NMa constateert: '*Sinds de liberalisering van de energiemarkt in 2004 is inmiddels de helft van de consumenten veranderd van leverancier of van contract. Zo'n 60% van de overstappers is overgestapt naar een andere leverancier; de overige 40% is bij de eigen leverancier van contract veranderd, meestal van een variabel naar een vast contract. Het totale aandeel van de consumenten dat overstapt, is in 2010 licht gedaald ten opzichte van 2009 (van gemiddeld 11,3% naar 10,2% voor elektriciteit en gas). In 2008 en 2009 nam het percentage consumenten dat van plan was om over te stappen van energiebedrijf toe (van 23% tot 29%); in 2010 neemt dit percentage af (24%). De belangrijkste reden om niet over te stappen is tevredenheid met de eigen leverancier. Voorheen gaven mensen ook nog wel eens aan bang te zijn voor administratieve rompslomp als reden om niet over te stappen. De angst voor 'gedoe' is ten opzichte van vorig jaar echter significant afgenomen. Prijs speelt bij de beslissing om over te stappen nog altijd de grootste rol. Consumenten die eenmaal zijn overgestapt, zijn sneller geneigd om nogmaals een overstap te maken. Recente overstappers zijn, nog meer dan de representatieve groep, tevreden over de verwerking van een overstap*' (p. 6/65).
30. Arrest van 16 juli 1998, *Gut Springenheide*, zaak C-210/96.
31. Zie in dat verband overweging (18) van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29) van 11 mei 2005 (PbEU 2005, L 149/22): '*Alle consumenten moeten tegen oneerlijke handelspraktijken worden beschermd; het Hof van Justitie heeft het sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 84/450/EEG evenwel noodzakelijk geacht om bij uitspraken in zaken over reclamekwesties na te gaan wat de gevolgen voor een fictieve doorsneeconsument zijn. In overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, en om de uit hoofde van dat beginsel geboden bescherming ook effectief te kunnen toepassen, wordt in deze richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde – dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende – consument als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, maar wordt er tevens voorzien in bepalingen die voorkomen dat wordt geprofiteerd van consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk op een bepaalde groep consumenten gericht is, zoals bijvoorbeeld kinderen, is het wenselijk dat het effect van de handelspraktijk vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep wordt beoordeeld*'.
32. Zie hierover ook in algemene zin H. de Krom, E.T.W.M. van Leeuwen en A.R. Schaap, 'Consumentenbescherming in het energierecht', *NTE* 2009, nr. 3/4.

de richtlijn Betere Energie Nota.³⁴ Ook voorziet de Wet van 26 februari 2011 tot wijziging van de E-wet en de Gaswet ter verbetering van de elektriciteits- en gasmarkt³⁵ in nieuwe bepalingen in de E-wet en Gaswet die voorzien in bij amvb te stellen regels onder meer de inrichting van facturen³⁶, de informatie die moet worden verstrekt in contracten en rekeningen³⁷ en in een modelcontract voor de levering aan kleinverbruikers.³⁸ Een op deze wijze geïnformeerde kleinverbruiker die niet tevreden is over de voor hem geldende tarieven kan zijn contract te allen tijde binnen dertig dagen opzeggen of (bij contracten voor bepaalde tijd) zonder verlenging laten aflopen.³⁹ Met dergelijke maatregelen is het publieke belang dat hier aan de orde is mijns inziens op een evenredige en adequate manier geborgd en verdwijnt de noodzaak, voor zover die er ooit al was, voor het opleggen van maximumprijzen in een geliberaliseerde markt.

4. Conclusie

De vangnetregeling is een Nederlands polderfenomeen: liberaliseren met een noodknop. Het 'vangnet' voor de kleinverbruiker is evenwel de maximumprijs voor de leverancier. Daarvoor was wellicht een noodzaak in de overgang naar een geliberaliseerde markt. Nu ontbreekt de noodzaak voor een dergelijke mededingingsbeperkende regeling. De publieke belangen die de vangnetregeling beoogt te beschermen kunnen met meer gerichte, minder verregaande en minder omstreden maatregelen worden geborgd. Met de vangnetregeling geeft Nederland het slechte voorbeeld⁴⁰ en het is tijd dat de wetgever afscheid neemt van deze onnodige administratieve belasting.

33. Citaat te vinden op www.energiekamer.nl/nederlands/elektriciteit/levering/index.asp.
34. Zie hierover de verantwoordelijk minister op 15 maart 2010 in antwoord op Kamervragen, aanhangsel 1910 bij *Handelingen II* 2009/10, antwoord 1 en 2.
35. *Stb.* 2011, 130 en 133.
36. Art. 95lb E-wet en 42b Gaswet.
37. Art. 95lc E-wet en 42c Gaswet.
38. Art. 95na E-wet en 52ca Gaswet.
39. Art. 95m, zevende lid, E-wet en art. 52b, zevende lid, Gaswet. Op grond van de Wet van 26 november 2010 inzake stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten (*Stb.* 2010, 789) mogen leveringsovereenkomsten met kleinverbruikers voor bepaalde tijd niet stilzwijgend worden verlengd (art. 6:236, onderdeel j, BW (nieuw)).
40. Desalniettemin lijkt dit voorbeeld navolging te krijgen, nu de Belgische toezichthouder Creg 'gebruik wil maken van de zogenaamde 'vangnetmethodiek' uit Nederland, waardoor de regulator vóór het ingaan van de nieuwe tarieven kan ingrijpen' (Energieia, 27 december 2010).