



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Centrum voor Energievraagstukken

Een redelijke energieprijs

De mythe van de marktwerking

Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van de leerstoel 'Energie en recht' bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Amsterdam
op woensdag 20 juni 2012

door

Simone Pront-van Bommel

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. Veranderingen in de energiesector	2
3. Een basisbehoefte	4
4. De belangrijkste voorwaarden voor een goede marktwerving	5
5. Wat is redelijk?	7
6. De mythe van de marktwerving	8
6.1 Inleiding	8
6.2 De marktwerving ziet slechts op een deel van de energierekening van een verbruiker	8
6.3 Diverse algemene belangen die om de voorrang strijden	9
6.4 De rechtsstaat versus economische efficiëntie	11
6.5 De sector is complexer dan de markttheorie doet veronderstellen	13
6.6 De korte termijn versus de lange termijn	15
6.7 Marktimperfecties	16
6.8 Gepaste marktwerving	17
6.9 Resumé	18
Verwijzingen	22

*Mevrouw de Rector Magnificus,
Meneer de Decaan,
Dames en heren,*

1. Inleiding

Wellicht is het u opgevallen tijdens uw autoritten door Nederland; het aantal windmolens neemt toe; de zonnepanelen op daken schitteren u tegemoet. U overweegt misschien zelf zonnepanelen aan te schaffen. Een nieuwe subsidieregeling - de SDE⁺-regeling - voor opwekking van duurzame energie is aangekondigd.¹ Voor u misschien reden uw investering nog even uit te stellen, want een overheidssubsidiëring kan net het verschil maken. Vanwege die subsidiëring bent u mogelijk hetzelfde of minder aan energiekosten kwijt dan bij verbruik van fossiele, grijze energie van uw energieleverancier.

Deze windmolens en zonnepanelen getuigen van grote veranderingen die in de energiesector plaatsvinden. Die subsidieregeling is bovendien een treffend voorbeeld van hoe politieke besluitvorming de energierekening van verbruikers² kan beïnvloeden. En zo zijn er nog vele andere voorbeelden. U zult misschien denken dat dit niets nieuws is, zo'n vergaande overheidsinvloed. Wel bezien vanuit de oorspronkelijke doelstellingen van de energiewetgeving en de wettelijke regels voor de energieprijs.

Het was namelijk de bedoeling van de energiewetgever om de prijs van energie door marktwerking tot stand te laten komen, met zo min mogelijk invloed van overheidswege. Marktwerking was goed voor de consument. Vraag en aanbod, concurrentie tussen energiebedrijven, die dingen om de gunst van afnemers, was het ideaal. De introductie van de marktwerking had tot een lagere energierekening moeten leiden.

Wat is echter het geval? In vijftien jaar zijn de energieprijzen ongeveer drie keer zo hard gestegen in vergelijking met de prijzen van andere goederen en diensten.³ Dit was ons bij introductie van de marktwerking van overheidswege niet in het vooruitzicht gesteld. Marktwerking had de consumenten, zakelijke en kleine, ten

goede moeten komen.⁴ Hoe heeft dit kunnen gebeuren? Ik verklap u mijn conclusie. De marktwerking in de energiesector is een mythe.

Deze conclusie is verstrekkend. De liberalisering en marktwerking zijn immers niet zo lang geleden in de energiesector geïntroduceerd.⁵ En de marktwerking geldt nog steeds als uitgangspunt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit recente wetsvoorstellen tot aanpassing van energiewetgeving ter uitvoering van nieuwe Europese wetgeving. Doel daarvan is - ik citeer uit de wetgeschiedenis - “om ervoor te zorgen dat de kleinverbruiker structureel beter wordt bediend door de energiebedrijven en om de werking van de elektriciteits- en gasmarkt structureel te verbeteren”.⁶ Het geloof, ook dat van de Europese en nationale energiewetgever, in de heilzame werking van de marktwerking, is dus onverminderd groot.⁷

Tegelijkertijd loopt er voor het eerst in honderd-en-vijfentwintig jaar een parlementaire enquête bij de Eerste Kamer, en welteverstaan betreffende de marktwerking. Deze heeft ook op de energiesector betrekking.

Mijn rede gaat over hoe de energieprijs dan wel tot stand komt; wat daarbij als redelijk geldt, en hoe en door wie dat wordt bepaald, als de markt deze niet dicteert. Dit alles bezien tegen de achtergrond van immense veranderingsprocessen in de energiesector, waarvan de windmolens en zonnepanelen die u onderweg zag, getuigen.⁸

2. Veranderingen in de energiesector

Deze veranderingen zullen zeer zeker hun invloed op de energieprijs hebben. Ik noem u de meest opvallende veranderingen.

Het is noodzakelijk dat grootschalig wordt overgeschakeld op productie van duurzame energie. Als er niet meer duurzame energie wordt geproduceerd, wordt er ook niet meer duurzame energie geconsumeerd. Deze overschakeling is onder meer noodzakelijk op grond van Europese rechtsnormen. Deze normen verplichten tot een wezenlijke toename van verbruik van duurzame energie⁹ en een forse vermindering van de CO₂-uitstoot.¹⁰

Een opvallende verandering is dat consumenten in toenemende mate zelf energie produceren. Deze ontwikkeling valt in het licht van deze Europese milieu- en klimaatdoelstellingen als positief te duiden. We hebben hierbij te maken met een niet te onderschatten fenomeen: 'de prosument'. De prosument is een energieverbruiker - een huishouden of MKB'er - die ook zelf produceert en niet alleen verbruikt. Een actief opererende verbruiker dus. Dit is nieuw. Tot voor kort kenden we vooral verbruikers die passief waren en uitsluitend consumeerden. De prosument echter, plaatst zonnepanelen op zijn dak of op daken van anderen, heeft al dan niet in groepsverband een eigen windmolen of exploiteert samen met anderen een op koeienmest draaiende bio-vergistingsinstallatie. Wat hij aan 'zelf geproduceerde' elektriciteit of gas niet nodig heeft voor eigen verbruik, kan hij vervolgens verkopen en daarvoor zelf een prijs bepalen. Met wat hij bespaart op zijn afname van een energieleverancier en met wat hij verdient met eigen verkoop en levering, kan hij zijn investering in zonnepanelen, de windmolen en zijn aandeel in de bio-vergistingsinstallatie terugverdienen en ook winst maken. We treffen dit fenomeen in toenemende mate aan. Onder zakelijk verbruikers komt dit fenomeen overigens al langer voor en soms op grote schaal. Ik noem bijvoorbeeld de tuinders, die zich daartoe vaak hebben georganiseerd.¹¹ Deze ontwikkeling kan op termijn tot een lagere energierekening van energieconsumenten leiden. Niet echter de energierekening van allen, maar wel van degenen die in de positie verkeren om te kunnen investeren in eigen opwekkingsmogelijkheden voor duurzame energie, zoals zonnepanelen.

Echter, de plaatsing van zonnepanelen op daken van woningen is niet genoeg om de genoemde milieu- en klimaatdoelstellingen te behalen. Er is meer nodig. Bij de overgang van productie van fossiele naar duurzame energie moet u ook denken aan de grote windmolenparken op land en in zee, en straks ook aan de uitgestrekte velden met zonnecellen. Er moet nog veel worden gebouwd.¹² In Nederland lopen we namelijk ver achter bij deze Europese wettelijke normen voor CO₂-reductie en verbruik van duurzame energie. Om de milieu- en klimaatnormen te behalen zijn omvangrijke investeringen in opwekking van duurzame energie nodig. Het gaat om investeringen voor de lange termijn.

Ik noem u ook nog een andere grote verandering; er zijn ook omvangrijke investeringen nodig in de transport- en distributie-infrastructuur. In de eerste plaats, omdat deze infrastructuur verouderd is. De infrastructuur heeft bovendien uitbreiding, mede vanwege de nieuwe windmolenparken op zee. En voorts moet de bestaande infrastructuur worden aangepast op de toekomst. Wat betreft dit laatste punt; structurele modernisering van het netwerk is nodig, omdat de bestaande netten niet geschikt zijn om op grote schaal opwekkingsinstallaties voor duurzame energie te faciliteren. Dat geldt vooral voor de plaatselijke distributienetten waarop huishoudens en de meeste ondernemers zijn aangesloten.

De plaatselijke distributienetten krijgen er met de opkomst van vele lokale opwekkingsinstallaties voor duurzame energie een belangrijke nieuwe functie bij, naast hun oorspronkelijke functie om in de consumptie van eindverbruikers te voorzien. Dit fenomeen valt te vatten onder wat in energiebeleidstermen 'smart grids' en 'smart grid-pilots' worden genoemd.

De met deze veranderingen gemoeide kosten zijn omvangrijk. De verwachting is dat binnen de EU tot 2020 zelfs duizend miljard euro in de energie-infrastructuur moet worden geïnvesteerd, inclusief nieuwe productiecapaciteit voor opwekking van duurzame energie.¹³ Iemand moet uiteindelijk de rekening daarvoor betalen. Deze investeringen zullen grotendeels opgebracht moeten worden uit wat eindverbruikers voor hun energievoorziening betalen. Deels worden de investeringen gedekt uit subsidies, op te brengen uit belastingen.

3. Een basisbehoefte

Deze immense veranderingen in de energiesector maken het onderwerp 'de energieprijis' tot één van de meest interessante en maatschappelijk belangwekkende energievraagstukken. Het maatschappelijk belang is groot; de energievoorziening is immers een basisbehoefte.

Wij zijn volledig afhankelijk van energie. Zonder elektriciteit en gas is er geen kunstlicht en warmte, - onontbeerlijk in de winter -, werken computers niet, staken industriële en agrarische productieprocessen, moeten koeien handmatig worden

gemolken en ligt het geldverkeer plat. Onze afhankelijkheid van energie geldt des te meer, omdat er geen daadwerkelijk substituuat beschikbaar is, anders dan bijvoorbeeld bij voedsel, eveneens een basisvoorziening. Als brood niet meer of slechts tegen zeer hoge prijzen verkrijgbaar is, kunnen consumenten immers tijdelijk op blikken bruine bonen of rijst terugvallen. Voor energie is zo'n alternatief niet voorhanden. Daarom is het van groot maatschappelijk belang dat een ieder continu daadwerkelijk tot de energievoorziening toegang behoudt, dit tegen een 'redelijke' energieprijs. Maar wat is redelijk?

4. De belangrijkste voorwaarden voor een goede marktwerking¹⁴

Dit brengt mij tot een volgende vraag: wat stond de wetgever dan voor ogen met de introductie van de marktwerking? Wat heeft marktwerking met redelijkheid te maken? De marktwerking had consumenten ten goede moeten komen. Uit het citaat dat ik gaf, blijkt dat dit nog steeds als een belangrijke doelstelling van de energiewetgeving geldt. In ieder geval had de marktwerking niet tot een onevenredige energieprijshoogte moeten leiden, waar we echter wel mee te maken hebben. En de veranderingen in de sector, die ik u noemde, zouden de energieprijs, vanwege de immense investeringen die daarmee gemoeid zijn, wel eens verder kunnen opstuwten.

Wat een goede marktwerking inhoudt, zal ik u toelichten; om vervolgens aan de hand van diverse voorbeelden en argumenten te laten zien dat de markt voor de energieprijs in feite niet goed fungeert en zelfs veelal van ondergeschikt belang of geen betekenis is.

De kern van de marktwerking is de prijsvorming door middel van vraag en aanbod.¹⁵ De gedachte van de wetgever was dat het prijsmechanisme in een *goed* functionerende markt een zo efficiënt mogelijke inzet van middelen zou brengen. Dit zou uiteindelijk tot maximale welvaart voor energieconsumenten leiden.

Een goed werkende markt herkent men aan voldoende concurrentie.¹⁶ De mate van concurrentie is vervolgens afhankelijk van het aantal marktspelers: aanbieders en vragers. Dit betreft de liquiditeit van de markt.¹⁷ Deze moet zodanig

groot zijn en het aandeel van spelers in de markt moet tevens zodanig beperkt zijn, dat niemand de spelregels eenzijdig aan anderen kan opleggen. Als een verkoper of koper verdwijnt van de markt, heeft dit in een liquide markt geen noemenswaardig effect op de prijs. Binnen een goed functionerende markt hebben consumenten dus de keuze tussen aanbieders.

De energiewetgever heeft de concurrentie in de energiesector willen bevorderen door consumenten het recht te geven om bij een leverancier naar keuze te kopen. Dit keuzerecht is Europees en nationaal wettelijk zwaar verankerd en in het befaamde Citi-works arrest van het Hof van Justitie van de EU uitdrukkelijk bevestigd.¹⁸ Deze keuzemogelijkheid is, binnen het 'marktmodel' essentieel, namelijk een belangrijke graadmeter om te beoordelen of de markt wel naar behoren haar werk doet; of anders gezegd, of er daadwerkelijk voldoende concurrentie is. In dat verband hechten de Europese en nationale energiewetgever en ook de energie-overheidstoezichthouder - de NMa¹⁹ - veel waarde aan de mate waarin consumenten van leverancier wisselen. Deze benadering is nu overheersend voor de inhoud en toepassing van de Europese en nationale wetgeving.²⁰ De consument heeft dit recht van leverancierskeuze bovendien *te allen tijde*, ook ingeval van een leveringscontract van een aantal jaren. De mogelijkheid om ook tussendoor het leveringscontract op te zeggen, komt overigens niet alle eindverbruikers toe, niet de grootzakelijk verbruikers. Dit terzijde opgemerkt.

Verder zijn van cruciaal belang voor een goede marktwerking transparantie en genoeg juiste informatie met betrekking tot prijzen die alle aanbieders hanteren en met betrekking tot de kwaliteit van de te leveren goederen en diensten.

Ik noem nog een ander belangrijk kenmerk. Volgens het marktmodel handelen alle marktpartijen voor eigen gewin en uit eigenbelang.²¹ Dat is vanzelfsprekend en goed. Uiteindelijk zou daarmee het algemeen belang en daarmee het belang van ons allen zijn gediend, ook immateriële zaken zoals het milieu.

Deze factoren voor een goede marktwerking maken dat voor hetzelfde goed of dezelfde dienst - ook energie en gas - een vaste en een duidelijke prijs tot stand

komt op dezelfde plaats en dezelfde tijd.²² Binnen een goed functionerende markt bewegen prijzen zich richting perfectie, waarbij winstmarges beperkt en de kwaliteit van het geleverde product en de geleverde dienst voor de koper de best mogelijke zijn; dit tegen minimale productie- en leveringskosten. Zo bezien, bestaat er volgens dit marktmodel een verband tussen concurrentie en efficiëntie. De mate van efficiëntie, daar draait het om.

Volgens het marktmodel is een prijs die in een goed functionerende markt tot stand komt 'een redelijke'.

5. Wat is redelijk?

Het begrip 'een redelijk prijs' is ook een *juridisch* begrip dat in de energiewetgeving voorkomt. Dit leidt tot de vraag: is een redelijke prijs naar maatstaven van het beschreven marktmodel ook een redelijke prijs 'juridisch' beschouwd?

Juristen kijken voor een antwoord op deze vraag eerst in de wet. Het antwoord op deze vraag valt echter niet door een nauwkeurige lezing van de energiewetgeving te verkrijgen. Wat het lastig maakt, is dat het wettelijk begrip 'redelijk' *vaag* is en niet verder in de wet wordt gedefinieerd.²³ Ook de wetsgeschiedenis, beslissingen van de NMa en jurisprudentie van de bestuursrechter - bij gebrek daaraan - bieden geen duidelijkheid.

We zouden ons bij een juridische uitleg van het begrip 'redelijke energieprijis' ook kunnen laten leiden door *de strekking* van de wet; dat wil zeggen door de doelstellingen die aan deze wetgeving ten grondslag liggen. Maar ook dit blijkt geen eenvoudige opgave. De doelstellingen van de Europese energiewetgeving lopen immers uiteen. Eén van die doelstellingen is weliswaar de bevordering van de interne markt en een goede marktwerking.²⁴ Die doelstelling pleit voor een juridische uitleg van het begrip 'redelijkheid' die overeenkomt met een uitleg volgens het marktdenken. Het lijkt erop dat de NMa deze uitleg volgt.²⁵ Maar dit is toch geen juiste benadering van wat redelijk is, ingeval de marktwerking een mythe is.

6. De mythe van de marktwerking

6.1 Inleiding

En aan de hand van diverse voorbeelden zal ik u illustreren dat dit het geval is. Ik ga daarbij uit van de veronderstelling dat de meeste eindverbruikers wat betreft de te betalen energieprijs vooral geïnteresseerd zijn in wat uiteindelijk onder de eindstreep van de energierekening staat en wat zij in totaal moeten betalen om te voorzien in hun energiebehoefte.

6.2 De marktwerking ziet slechts op een deel van de energierekening van een verbruiker

Een eerste argument waarom de marktwerking een mythe is, is dat de marktwerking slechts een beperkt deel van de energierekening betreft. Daarvoor is van belang dat de energierekening is opgebouwd uit diverse componenten.²⁶ De energierekening bestaat onder meer uit een leveringsprijs die verbruikers aan hun energieleverancier verschuldigd zijn, en voorts uit tarieven, of beter gezegd uit diverse soorten tarieven, die aangeslotenen aan hun netbeheerder voor distributie en transport moeten betalen. Tezamen bepalen deze componenten de energierekening van de eindverbruiker, verhoogd met de energiebelasting en daarbovenop de BTW.²⁷

Het beschreven marktmodel heeft alleen betrekking op de levering, dus de leveringsprijs, slechts één van de genoemde componenten. Op al de andere componenten, distributie en transport en belastingheffing, heeft de marktwerking daarentegen geen betrekking.

Deze andere componenten - de tarieven en belastingen - vormen echter het grootste gedeelte van de energierekening, ruim de helft.²⁸ Voor grootzakelijke verbruikers - denk aan de zware industrie - zelfs verhoudingsgewijs nog een hoger percentage.²⁹ Tarieven en belastingen komen echter niet tot stand door vraag en aanbod, maar worden bij bindende overheidsbesluiten vastgesteld. Deze besluitvorming vindt plaats volgens bestuursrechtelijke besluitvormingsprocedures.

Wie wat aan belastingen betaalt voor zijn energiebehoefte is uitkomst van een beleidsmatige afweging door de overheid en niet van een wisselwerking tussen vraag en aanbod in een markt.

Bezien vanuit het perspectief van de totale energierekening is redelijk in ieder geval iets compleet anders dan de uitkomst van een goede marktwerking. Bepalend daarvoor zijn echter wel de eisen van een democratische rechtsstaat. Ik kom daar later nog op terug.

6.3 *Diverse algemene belangen die om de voorrang strijden*

Wat betreft de mythe van de marktwerking is nog het volgende van belang. Ook andere algemene belangen dan het belang van een goede marktwerking en voldoende concurrentie zijn aan de orde. Ik noem de andere algemene belangen die in de energiesector spelen: consumentenbescherming, leveringszekerheid, voorzieningszekerheid en milieu- en klimaatdoelstellingen. En bevordering van een goede marktwerking en consumentenbescherming zijn bijvoorbeeld bepaald niet altijd hetzelfde.

Deze diverse algemene belangen zijn in de Europese energiewetgeving samengebracht onder de noemer van de zogeheten universele dienstverlening.³⁰ De universele dienstverlening vormt het kloppend hart van de Europese energiewetgeving. Deze universele dienstverlening omvat veel.³¹ Een onderdeel daarvan is dat consumenten aanspraak hebben op levering van elektriciteit en gas van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudige en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige 'prijzen'.³² Redelijk betekent hier 'betaalbaar'.

En dan is natuurlijk een voor de hand liggende vraag: wat is betaalbaar? Is dat 'redelijk' volgens maatstaven voor een goede marktwerking?³³ Of moet 'betaalbaar' worden uitgelegd vanuit een inkomensperspectief? Dit maakt veel uit. Een hele hoge leveringsprijs kan volgens de genoemde criteria voor een goede marktwerking redelijk zijn, in die zin dat deze uitkomst is van concurrentie en dat van een beperkte winstmarge sprake is. De hoge energieprijs zou bijvoorbeeld het gevolg kunnen zijn van extreem hoge prijzen voor grondstoffen, zoals olie, die de

energieproducent op de commodity whole salemarkt heeft moeten betalen.³⁴ Maar de hoge energieprijzen kan voor een huishouden, gelet op zijn huishoudbudget, daarentegen toch ‘onbetaalbaar’ zijn. Voor beide interpretaties van betaalbaar - als economisch efficiënt en als aanvaardbaar vanuit inkomensperspectief, wat niet hetzelfde is - zijn aanknopingspunten in de ontstaansgeschiedenis van de Europese energiewetgeving terug te vinden. Maar we zijn er nog niet.

De universele dienstverlening betreft deels dus consumentenbescherming. Maar de universele dienstverlening omvat ook nog andere algemene belangen. De universele dienstverlening heeft tevens betrekking op het waarborgen van de leveringszekerheid en van milieu- en klimaatdoelstellingen. Leveringszekerheid houdt in dat de distributie van elektriciteit en gas gegarandeerd moet zijn, ook voor de toekomst. Dit betreft verschillende zaken. In de eerste plaats dat een ieder, niet alleen de gebruiker, maar ook de producent, recht op aansluiting op het energienet heeft, en wel op basis van transparante, objectieve criteria en non-discriminatie. De universele dienstverlening houdt ook in dat netbeheerders voldoende moeten investeren in de leidingen, kabels en gaspijpen om te zorgen dat een ieder ook in de toekomst van transport van energie kan blijven worden voorzien. De noodzaak om investeringen te doen zou wel eens tot een hogere energierekening kunnen leiden. De mate waarin wordt niet in de markt bepaald, maar uiteindelijk bij overheidsbesluit vastgesteld waarbij tarieven voor aansluiting en transport worden bepaald.

Hetzelfde geldt mogelijk ook voor het waarborgen van milieu- en klimaatbelangen. Deze doelstellingen zijn van toenemend belang voor de Europese energiewetgeving zoals vastgelegd in de Derde Elektriciteitsrichtlijn en Derde Gasrichtlijn. Met de recente inwerkingtreding van deze derde generatie energierichtlijnen is sprake van een vergaande ‘vergroening’³⁵ van het Europese energierecht. Bij verdere expansie van de milieu- en klimaatdoelstellingen kan onder omstandigheden op grond van de universele dienstverlening mogelijk zelfs een hoge leveringsprijs gerechtvaardigd zijn, indien dit verbruik van grijze energie betreft en de hoge leveringsprijs gemeten naar noodzakelijkheid en geschiktheid als meest passend sturingsinstrument moet worden opgevat, mits belangen van de kwetsbare consument worden ontzien. Een en ander kan bijvoorbeeld, zo laat zich denken, plaatsvinden door de nieuwe ‘kolenbelasting’ te verhogen. Dit betreft een nieuwe

belastingheffing die straks (uiterlijk) per 1 januari 2013 bij producenten moet gaan plaatsvinden.³⁶

Kortom, het gaat bij de uitvoering van de universele dienstverlening vaak en vooral om andere algemene belangen dan een goede marktwerking. Welk aspect men van de universele dienstverlening voorop stelt, heeft vergaande gevolgen voor de hoogte van de energierekening.

6.4 *De rechtsstaat versus economische efficiëntie*

Het marktmodel en in het kielzog daarvan het mededingingsrecht stellen echter één algemeen belang voorop: een goede marktwerking, soms zelfs als zelfstandig doel, andere keren om uiteindelijk de welvaart van consumenten te verhogen;³⁷ met als centrale norm de mate van efficiëntie.³⁸

Maar we zagen in het kader van de universele dienstverlening; er zijn ook andere algemene belangen in de energiesector aan de orde. Ik noem deze algemene belangen nog een keer: consumentenbescherming, leveringszekerheid, voorzieningszekerheid en milieu- en klimaatdoelstellingen.

Mededingingsrechtsspecialisten neigen er veelal toe deze andere algemene - vaak tegenstrijdige - belangen te brengen onder de uitgangspunten van het mededingingsrecht en te plaatsen onder de noemer van bevordering van een goede marktwerking. Mededingingsrechtelijke beperkende maatregelen worden dan gerechtvaardigd met als argument dat deze dienen om marktimperfecties tegen te gaan.³⁹

Bestuursrechtjuristen - en ik reken mijzelf tot hen - gaan echter anders om met de weging van diverse algemene belangen. Wij stoppen deze niet in één model, maar erkennen ruiterlijk dat deze op gespannen voet met elkaar kunnen staan en dat er een gezaghebbende autoriteit moet zijn die uiteindelijk de knoop doorhakt. Of dat legitiem gebeurt, is mede afhankelijk van de bevoegdheden waarover deze gezaghebbende autoriteit beschikt, de procedure waarlangs hij zijn beslissingen neemt en of hij de elders - veelal in wetten - vastgelegde materiële criteria en

waarden daarbij heeft toegepast. Bij materiële criteria gaat het om basiswaarden zoals een toegang voor een ieder tot de energievoorziening tegen redelijke prijzen, alsmede bescherming van milieu- en klimaat en gezondheid; en zo zijn er nog vele andere materiële criteria die belangrijke maatschappelijke waarden vertegenwoordigen.

Bestuursrechtelijke besluitvorming dient aan de eisen van een democratische rechtsstaat te voldoen.⁴⁰ Rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, het legaliteitsbeginsel, het specialiteitsbeginsel en (andere) beginselen van behoorlijk bestuur zijn bepalend voor het verloop en de uitkomst daarvan. Deze eisen zijn meeromvattend dan alleen 'efficiëntie' volgens het beschreven marktmodel. In dit verband noem ik u in het bijzonder de rechtsstatelijke beginselen inzake evenredigheid en de materiële zorgvuldigheid. Bij toetsing aan de evenredigheid en de materiële zorgvuldigheid fungeren genoemde materiële criteria en waarden als referentiekader.

Een belangrijk onderdeel van deze laatstgenoemde beginselen is de eis minderheidsbelangen in de besluitvorming te betrekken en tevens om deze altijd in ogenschouw te nemen bij weging van een bepaald algemeen belang; altijd is het nodig de gevolgen van te nemen besluiten voor minderheden met mogelijk een tegengesteld belang, te betrekken. Deze benaderingswijze is wezensvreemd aan het beschreven marktmodel. Dit model gaat daarentegen uit van het eigenbelang van de individu en de onderneming als 'juist' en ter bevordering van de welvaart. Maar bescherming van een minderheidsbelang en waarborgen van basisbehoeften betreffen waarden die zich lastig laten vertalen in een 'prijskaartje' dat de consument bij aankoop van een goed of dienst in zijn beslissing betreft.

Mede geschoold in toepassing van het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel gaan bestuursrechtjuristen steeds na welk algemeen belang rechtens mag worden behartigd en maken tussen de diverse algemene belangen een duidelijke scheiding. Bij deze weging van belangen dient de autoriteit die beslist ook te wegen welk ordeningsmechanisme gelet op alle betrokken algemene belangen, en ook gelet op efficiëntie en effectiviteit, het meest passend is. Dat kan een vergunningstelsel zijn, een tariefbepaling van overheidswege, gecombineerd met een handhavingstelsel en met betrekking tot andere onderdelen mogelijk toch

ook de marktwerking en concurrentie. Welk sector-orderingsmechanisme passend is, dient op basis van genoemde publiekrechtelijke beginselen te worden beoordeeld. Welk sector-orderingsmechanisme passend wordt geacht, kan bovendien in de loop van de tijd door maatschappelijke processen veranderen.

6.5 De sector is complexer dan de marktheorie doet veronderstellen

Er zijn nog meer argumenten waarom de marktwerking een mythe is. Door de marktwerkingsbril wordt naar de verkeerde zaken gekeken. De energiemarkten veranderen, waarbij nieuwe marktmachten ontstaan en sprake is van veelal een vergaande verwevenheid met andere sectoren, zoals de financiële sector. Bij het bewaken van een goede marktwerking lijken de Europese wetgever en de Europese toezichthouder - ACER - en ook de NMa daarentegen nog steeds uit te gaan van de oude ordening en nieuwe markten en verwevenheden daartussen en daarmee verbonden systeemrisico's, uit het oog te verliezen. Ter nadere toelichting daarvan verwijs ik naar eerdere publicaties⁴¹ en een recentelijk op de website van het Centrum voor Energievraagstukken gepubliceerd artikel van Gerrit Buist.⁴²

Wij kunnen in dit verband lessen trekken uit wat op de financiële markten is gebeurd. Gemeten naar de eerder genoemde maatstaven van een goede marktwerking, deden de financiële en bancaire markten het immers ook nog vlak voordat de financiële crisis uitbrak goed. Intussen, niet goed zichtbaar, groeide een enorm systeemrisico. Eenzijdige oriëntatie op een goede marktwerking, waarvan ook bij de NMa sprake is, wat betreft de energieleveringsprijs, bergt het risico in zich dat dieperliggende en sluimerende systeemrisico's in de energiesector onopgemerkt blijven. Voor alle duidelijkheid, wij hebben op dit moment nauwelijks inzicht in of dergelijke systeemrisico's in de energiesector aan de orde zijn.⁴³ Dit gebrek aan inzicht geldt ook voor de toezichthouders: de NMa en nieuwe Europese energietoezichthouder: ACER. Dat valt in verband te brengen met de wijze waarop de toezichtfunctie in wetgeving en de praktijk is vormgegeven. Deze is vooral gericht op het bevorderen van de marktwerking,⁴⁴ en nauwelijks gericht op het in kaart brengen van verbanden binnen de sector en eventuele systeemrisico's.⁴⁵ Het zal dus ook nodig zijn om ons te bezinnen op de functie van overheidstoezicht, zowel die

van de NMa, voor de energiesector vertegenwoordigd door zijn Energiekamer, als op die van de algemene mededingingsautoriteit.⁴⁶

En ook wat betreft het wettelijk ‘recht van energieconsumenten tot keuze van leverancier op elk moment’ - ik noemde u dit eerder - kijken we met de marktwerkingsbril mogelijk naar de verkeerde zaken. Dit ‘recht van keuze op elk moment’ en de mate waarin energieconsumenten switchen wordt door velen in de energiesector, ook de energiewetgever en de NMa, belangrijk gevonden.

Wat blijkt, de energieconsument maakt soms ronduit domme keuzes naar maatstaven van het beschreven marktmodel, dat hem toch vooral als ‘homo economicus’ op de maat neemt. De consument kiest bijvoorbeeld vaak niet voor de goedkoopste energieleverancier. Hij laat zich geregeld door andere overwegingen leiden dan de laagste prijs voor verhoudingsgewijs de beste kwaliteit.⁴⁷

Er is bovendien ook een andere benadering mogelijk dan die volgens het marktmodel. Bij die andere benadering is daarentegen uitgangspunt dat de individualiteit geen inhoud heeft buiten een gemeenschap, dat ieders welzijn mede wordt bepaald door zijn verantwoordelijkheid voor de omgeving.⁴⁸ Vanuit het marktdenken bestaat er echter te weinig aandacht voor dit sociale aspect van energieverbruikers. Dit is daarentegen wel een belangrijke benadering voor bijvoorbeeld de totstandkoming van coöperatieve samenwerkingen met ook eindverbruikers voor ontwikkeling van lokale duurzame energie-voorzieningen.⁴⁹

Kortom, de Europese en nationale energiewetgevers gaan uit van bepaalde aannames over belangen en het gedrag van marktspelers bij hun optreden, maar de praktijk is veel complexer dan de modellen waarvan zij uitgaan. Er is nog veel onderzoek nodig naar deze belangen en dit gedrag. Ik verwijs hiervoor naar recente kritische beschouwingen van Ans Kolk.⁵⁰

Met de huidige ontwikkeling in de markt met betrekking tot uitbreiding van lokale duurzame energievoorzieningen en de groei van het aantal prosumenten, is er bovendien ook een negatieve zijde aan het tussentijds switchen van verbruikers. Samenwerken tussen energieverbruikers bij het opzetten van lokale duurzame

energievoorzieningen vereist immers veelal langdurige afspraken bijvoorbeeld in het kader van deelname aan een energie-coöperatie. De samenwerking tussen prosumenten loopt vaak parallel met een langdurig eigendom of huur van een onroerend goed. Het zou weleens zo kunnen zijn dat het blind en krampachtig vasthouden aan het uitgangspunt dat energieconsumenten op elk moment moeten kunnen switchen van energieleverancier, op lange termijn uiteindelijk de belangen van deze verbruikers schaadt. Een consequentie daarvan kan immers zijn dat lokale samenwerkingen moeilijk van de grond komen en dat daarom ook terughoudendheid bestaat om in lokale energieopwekking te investeren. Lokale duurzame energievoorzieningen zijn daarentegen uit oogpunt van bescherming van milieu- en klimaatdoelstellingen en zelfredzaamheid van verbruikers juist positief te waarderen.⁵¹ De ‘georganiseerde prosumert in opkomst’ noopt ons dus om dit ‘*recht van leverancierskeuze op elk moment*’, zoals we dit als exponent van het beschreven marktmodel nu toepassen, te overdenken. Uitleg en toepassen van dit recht moet gedifferentieerd en genuanceerd geschieden, meer dan heden het geval is. Zonder nu al direct conclusies te kunnen en willen trekken, merk ik op, dat dit één van de zaken is die op de onderzoekagenda van het Centrum voor Energievraagstukken staan.

6.6 De korte termijn versus de lange termijn

Het aantal argumenten waarom de marktwerking een mythe is voor de energieprijzen, is nog niet uitgeput.

Keuzes die marktpartijen maken op zoek naar het product of de dienst met verhoudingsgewijs de beste kwaliteit tegen de beste prijs, betreffen veelal ‘voordeel en winst’ op *de korte termijn*.⁵² Wat uiteindelijk belangrijk is voor vele zaken, zoals een toereikende energievoorziening - vergt daarentegen een langetermijnvisie. Ik noemde u de immense veranderingen die zich aandienen, de torenhoge investeringen die nodig worden geacht voor grootschalig overschakelen op productie van duurzame energie en een nieuwe transport- en distributie-infrastructuur die deze kan faciliteren. Veelal hoge investeringskosten moeten daarbij tegen vaak onbekende risico’s worden afgewogen.⁵³ Eenzijdige oriëntatie op het nut en belang

van een goede marktwerking zou weleens ten koste kunnen gaan van wat in het algemeen belang van marktspelers is op de lange termijn.⁵⁴

6.7 *Marktimperfecties*

Ik gaf u eerder het ideaalplaatje van een goede marktwerking naar maatstaven van het beschreven marktmodel. Een belangrijk aspect daarvan is dat realisatie van een goede marktwerking overheidsingrijpen overbodig maakt. En daarmee kom ik toe aan een volgend argument, het laatste argument, waarom de marktwerking een mythe is.

Daar waar de markt vervolgens toch haar werk niet goed doet, anders gezegd daar waar marktimperfecties optreden, is er volgens het beschreven marktmodel een taak voor de overheid weggelegd, maar ‘volgens de echte marktadepten’ alleen dan.⁵⁵ Van marktimperfecties kan bijvoorbeeld sprake zijn ingeval van één grote aanbieder met marktmacht en een te groot marktaandeel,⁵⁶ van ongewenste samenwerking en samenspanning tussen aanbieders, bij gebrek aan transparantie en informatie, of teveel schade aan het milieu en hoge daaraan verbonden kosten. Het gaat daarbij om kosten die niet door de veroorzakers worden gedragen.

Ingeval van marktimperfecties dient de overheid ervoor te zorgen dat de markt alsnog haar werk naar behoren gaat doen. Regels voor betere informatieverstrekking, ingrijpen ingeval van marktmacht, en rechten voor marktpartijen creëren waaraan een prijskaartje hangt om milieuvervuilend te mogen handelen, bieden voorbeelden van in te zetten overheidsinstrumenten om marktimperfecties weg te nemen. Op het moment dat de markt haar werk weer goed doet, zit het werk van de overheid er weer op en dient de overheid weer in haar hok terug te keren. Voor alle duidelijkheid, ik heb het hier over - enigszins gechargeerd - aspecten van het marktdenken. Op dit punt is de mythe van de marktwerking misschien nog wel het meest manifest.

Nog nooit is de energiewetgeving zo omvangrijk geweest. En ik kan u verzekeren, de overheid heeft het op de energiemarkt buitengewoon druk, drukker dan ooit te voren.⁵⁷ De NMa,⁵⁸ de energie-overheidstoezichthouder, die mede belast

is met toezicht op de energiemarkt of deze haar werk goed doet, groeit en bloeit. Het einde van deze groei is nog lang niet inzicht, in tegendeel.⁵⁹

6.8 Gepaste marktwerking

Denk nu niet dat ik *tegen* 'marktwerking' ben. Dat is niet zo. Ik ben voor 'gepaste' marktwerking. Mijn rede is een pleidooi om de betekenis van de marktwerking als ordeningsinstrument in dus juiste proporties - feitelijk en normatief - te bezien. Ik verwerp dus geenszins het marktmodel, maar beschouw dit als één van de vele ordeningsmechanismen die overheden hanteren; en een ordeningsmechanisme dat niet bij voorbaat prioriteit verdient. Of dat aan de orde is, dient gewogen te worden op basis van de genoemde rechtsstatelijke beginselen. Ik ben zelfs op onderdelen van de energiesector (vooralsnog) voorstander voor meer marktwerking en van bijvoorbeeld 'Baas in eigen buis', waarbij ik doel op de mogelijkheid van private exploitatie van energiedistributiesystemen;⁶⁰ dit echter niet overal en niet altijd en bovendien wel binnen Europeesrechtelijke en rechtsstatelijke grenzen. Daarbinnen kunnen particuliere partijen 'eigen' en integrale prijsafspraken maken.

We moeten er bovendien rekening mee houden dat de betekenis van de marktwerking voor de samenstelling van de energierekening in de loop van de tijd kan veranderen. Netbeheerders hebben heden bijvoorbeeld een monopolie, dat bovendien wettelijk beschermd is. Aangeslotenen hebben dus geen keuze met welke netbeheerder zij zaken doen. Dus geen meerdere aanbieders van distributie en transport in een bepaald gebied. Dit is een aperte inbreuk op de criteria voor een goede marktwerking, maar een geoorloofde.⁶¹ De rechtvaardiging voor dit wettelijk monopolie valt te vinden in de genoemde universele dienstverlening, in het bijzonder om de leveringszekerheid te waarborgen.

Ons denken daarover kan echter in de loop van de tijd veranderen. De schaalvoordelen die de wetgever heden hanteert als rechtvaardiging voor een wettelijke verankering van het monopolie van netbeheerders, zijn immers niet constant in de tijd. Technologische veranderingen kunnen ervoor zorgen dat concurrentie mogelijk wordt in een bedrijfstak, die oorspronkelijk de kenmerken

droeg van een zogeheten natuurlijk monopolie.⁶² Wat in de ene periode als een noodzakelijk en gerechtvaardigd monopolie geldt, hoeft dit niet meer te zijn in een volgende periode. Het is dus heel goed mogelijk dat met het voortschrijden van de techniek, het dalen van de prijzen voor de voor de distributie- en transportinfrastructuur benodigde hardware en met de opkomst van vele lokale duurzame energievoorzieningen en het groeiend aantal zich organiserende prosumenten, ons denken, ook dat van de energiewetgever in toekomst, over nut, noodzaak en gerechtvaardigheid van een wettelijke bescherming van het monopolie van netbeheerders, eveneens verandert.⁶³

Ook markten kunnen dus veranderen en andere eisen stellen aan de inrichting van de distributie-infrastructuur; wat voor de energiesector het geval is met het groeiend aantal lokale duurzame energievoorzieningen. Daarmee ontwikkelen zich nieuwe lokale energiemarkten. Nieuwe markten - 'smart markets' - vragen om nieuwe distributiesystemen en een ander soort infrastructuurbeheer dan de bestaande.⁶⁴ Het onderwerp 'nieuw netbeheer en nieuwe marktmodellen' maakt deel uit van het onderzoek van het Centrum voor de komende jaren.⁶⁵

6.9 *Resumé*

Ik heb de marktwerking op de maat genomen. U zult zich afvragen, wat dan? Andere benaderingen ter behartiging van algemene belangen die verder onderzoek behoeven, heb ik u ook aangereikt.

Om te beginnen, er is geen tegenstelling tussen overheidsbesluitvorming en marktwerking, ook niet wat betreft de beoordeling van een redelijke energieprijs. Het gaat erom de juiste mix te vinden, die in de loop van de tijd, ook met betrekking tot het onderwerp 'een redelijke energieprijs' kan veranderen; waarbij bevordering van de marktwerking één van de instrumenten is uit een heel pallet van orderingsmechanismen. Of de marktwerking een passend mechanisme is om bepaalde algemene belangen te behartigen dient te worden beoordeeld binnen de eisen van een democratische rechtsstaat.⁶⁶ Het 'marktmodel' biedt bovendien niet het geschikte kader om vast te stellen welke algemene belangen aan de orde zijn en

welk gewicht daaraan toekomt; noch is goede marktwerking een doel op zich dat de overheid heeft te dienen.

Het bepalen welke algemene belangen aan de orde zijn, is daarentegen voorwerp van een democratisch proces. Dit dient te geschieden binnen een continu proces waarbinnen sprake is van gecontroleerde en gelegitimeerde machtsuitoefening, en dat gekenmerkt wordt door voldoende checks and balances. Dat tevens gekenmerkt wordt door wederkerigheid.⁶⁷ Dit proces hoeft zich niet noodzakelijkerwijs alleen of hoofdzakelijk binnen overheden af te spelen. Het is voor overheden onmogelijk om binnen de complexiteit van de energiesector alle algemene belangen te inventariseren, te beoordelen en te wegen. Ook grote sectorpartijen dragen daarbij verantwoordelijkheid voor hun beslissingen die van invloed zijn op de beschikbaarheid van een basisvoorziening, zoals de energievoorziening. Temeer, indien het grote ondernemingen betreft die activiteiten verrichten die rechtstreeks de energieprijzen raken. De overheid heeft waar het gaat om voor burgers ingrijpende en dwingende keuzes wel de overkoepelende, en wel te verstaan, de eindverantwoordelijkheid. Nader te onderzoeken hoe en op grond waarvan deze verantwoordelijkheid inhoud krijgt, staat hoog op onze onderzoekagenda genoteerd.

Het ondergeschikt stellen van het marktmodel heeft ook consequenties voor de functie van het overheidstoezicht op de energiesector. Deze functie is heden vooral bedoeld ter correctie van marktimperfecties en om de markt zijn werking goed te laten doen. De legitimiteit van de beslissingen van de toezichthouder wordt bovendien heden veelal gevonden in het beschreven marktmodel. Die functie blijkt te beperkt en niet goed gefundeerd.

De energietoezichthouder is veeleer een overheid zoals andere overheden en een belangrijke macht binnen overheidsbesluitvorming; veeleer een schakel bij het maken van beleidskeuzes en een factor die mede bepalend is of sprake is van de vereiste checks en balances ten aanzien van machtsuitoefening. Zijn functie is onderdeel te zijn van de bestuursrechtelijke besluitvorming en om daarbij diverse algemene belangen op basis van rechtsstatelijke beginselen tegen elkaar af te wegen. Voor u wellicht een stap te ver, maar de energietoezichthouder - beter aan te

duiden als 'energieautoriteit' - hoort zich duidelijker herkenbaar bezig te houden met beleidsmatige afwegingen.

De taak van de energietoezichthouder behoort bovendien te zijn toezicht te houden, met het oog op de lange termijn en op de complexe systemen binnen de sector; alsmede de risico's die zich dienaangaande kunnen voordoen, in kaart te brengen. Zijn werkzaamheden gaan daarbij veel verder dan toezicht houden in de 'klassiek zin'; handhavend en corrigerend optreden.

Uw bezwaar daartegen zal wellicht zijn dat de besluiten van de NMa niet democratisch zijn gelegitimeerd. Nee, zeker niet als we bij democratische besluitvorming alleen aan volksvertegenwoordiging en ministeriële verantwoordelijkheid denken. Maar er is meer onder de democratische zon. Het is nodig verder na te denken hoe op andere wijze met betrekking tot toezichthouders aan democratische waarden inhoud valt te geven. Ik geef een schot voor de boeg; wat dacht u van participatieve democratie? Daaraan valt inhoud te geven door het horen van sectorpartijen in de vorm van overleg, transparante weging van diverse belangen, het zoeken naar alternatieven om algemene belangen te dienen en minderheidsbelangen te beschermen, en constructieve argumentatie. Overleg betekent in dit verband niet hetzelfde als meebeslissen, wel daadwerkelijk een 'voice' bieden in een zodanig stadium dat nog wezenlijk invloed op de inhoud van door de energie-overheidsautoriteit te nemen beslissingen valt uit te oefenen. De invulling van participatieve democratie betreffende een toezichthouder verschilt natuurlijk per type toezichtactiviteit. Het maakt bijvoorbeeld uit of bijvoorbeeld sprake is van het opleggen van een sanctie, het monitoren van markten of het vaststellen van tariefbesluiten. Hiermee keer ik terug tot de kern van mijn promotieonderzoek: de wederkerige betrekking tussen overheid en burger. Participatieve democratie getuigt van deze wederkerigheid. En daarmee kom ik aan een afronding toe.

Ik heb u aan de hand van de energieprijzen de tekortkoming van het marktmodel en diverse actuele energievraagstukken, waarover wij ons in het Centrum voor Energievraagstukken buigen, geïllustreerd. Ik wilde u tevens laten zien dat energierecht een functioneel rechtsgebied en een rechtsgebied in ontwikkeling is.

Belangrijker nog is het besef dat, ook daar waar het juridische vragen betreft, een interdisciplinaire en een Europese onderzoekbenadering nodig is. Tevens heb ik u diverse onderwerpen genoemd die op onze onderzoekagenda staan.

Verwijzingen

¹ Ter vergelijking: producenten van fossiele en groene energie ontvangen jaarlijks 7,5 respectievelijk 1,4 miljard steun (*Volkskrant* 16 oktober 2010). Vgl. Marco Kerste, Jarst Weda, *Financing the Transition to Sustainable Energy*, Amsterdam: SEO-report nr. 2010-68 31 August 2010, p. 24: "The World Bank and IEA have estimated that global annual subsidies for fossil fuels are in the range of US \$100-200 billion (UNEP & MISI, 2009)."

² Het begrip verbruiker is meer omvattend dan het begrip consument in enge zin. Onder een energieverbruiker valt ook een grootzakelijk verbruiker. Een consument wordt, in algemene zin, gedefinieerd als 'iedere natuurlijke persoon die overeenkomsten sluit met het oog op doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.' Zie art. 7:514 aanhef en onder sub I BW. Zie ook art. 2 lid 1 van de Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten van 25 oktober 2011. Zie verder: Simone Pront-van Bommel, 'De consument centraal', in: *De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt* (red. Simone Pront-van Bommel), Amsterdam 2011: Centrum voor Energievraagstukken UvA, par. 3, gepubliceerd op de website.

³ Bron: website CBS 14 mei 2012, <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/industrie-energie/publicaties/artikelen/archief/2012/2012-3582-wm.htm>.

Vgl. Price developments on the EU retail markets for electricity and gas 1998-2011, http://ec.europa.eu/energy/observatory/electricity/doc/analysis_retail.pdf.

De prijsstijging houdt verband met verhoging van belastingen en distributie- en transporttarieven. De leveringsprijzen zijn minder hard gestegen. Vgl. Energiekamer, *Rapport energiemarkt voor consumenten tweede helft 2011*, Den Haag maart 2012, p. 7 e.v. Voor de toekomst: CBP, *Analyse Routekaart 2050. Op verzoek van het ministerie van Infrastructuur en Milieu*, CPB Notitie 6 november 2011, p. 3: "Uit de analyse met WorldScan blijkt dat uitvoering van de Europese Routekaart 2050 gepaard gaat met een welvaartsverlies (uitgedrukt als percentage van het nationaal inkomen) in 2030 van maximaal 1% in de EU. In Nederland is het welvaartsverlies, als gevolg van de al bestaande consumptiebelastingen op elektriciteit, gas en brandstof, in vrijwel alle scenario's en tijdstippen ongeveer twee keer zo groot. Ofschoon de CO₂ prijs overal in de EU gelijk is, wordt het extra welvaartsverlies in Nederland veroorzaakt door de stapeling van CO₂ prijs op de bestaande energiebelastingen, die in Nederland relatief hoog zijn ten opzichte van het EU gemiddelde." Voor het komende jaar moeten wij zelfs rekening houden met een aanmerkelijke prijsstijging van ongeveer 9%; een forse prijsstijging dus, en veel hoger dan de inflatie voor Nederlandse consumenten in 2012 tot nu toe. Zie CBS mei 2012: "De inflatie is in april 2012 gedaald naar 2,4 procent. In maart bedroeg de inflatie nog 2,5 procent".

<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/prijzen/publicaties/artikelen/archief/2012/2012-029-pb.htm>.

⁴ Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel, 'Marktwerving en de borging van publieke belangen', in: *Marktwerving en Publieke Belangen*, Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2009, p. 10; WRR, *Infrastructures, time to invest*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 16 en 133.

⁵ De liberalisering is in gang gezet met inwerkingtreding van de Energiewet 1998 die diende ter implementatie van de Europese Eerste Elektriciteitsrichtlijn, 96/92/EG, en Gasrichtlijn, 2009/73/EG. Daarvoor was de Energiewet 1989 van toepassing. Kenmerkend voor de organisatie van de energiesector was de ordening op basis van een nationaal elektriciteitsplan gebaseerd op deze wet. De vier grote verticaal geïntegreerde energiebedrijven die verantwoordelijk waren voor de elektriciteitslevering coördineerde hun werkzaamheden in de NV Samenwerkende Elektriciteitsbedrijven (SEP), belast onder meer met een langere termijn planning dat zijn beslag kreeg in het nationale Elektriciteitsplan. SEP coördineerde ook de inzet van productie en transportcapaciteit. Zie hierover Gert Zijl, Robert Haffner en Machiel Mulder, 'Ergiemarkten laten werken: een onvoltooide missie', in: NMa, *Trust en antitrust; beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa*, Den Haag: NMa pp. 195-206. Zie verder voor de introductie van de marktwerving in de energiesector: Annelies Huygen en Gerrit Buist, 'De Energiesector', in: *Jaarboek overheidsfinanciën 2007*, Den Haag: SDU uitgevers bv, 2007. Zij gaan na hoe de introductie van concurrentie is verlopen.

⁶ *Kamerstukken II* 2010/11 32 814, nr. 3 Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas) (MvT), p.3.

⁷ Zie Rapport, *Marktmonitor Nederlandse kleinverbruikersmarkt voor elektriciteit en gas*, Energiekamer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Den Haag januari 2009, met name p. 21-25 over de prijsontwikkelingen voor elektriciteit en gas. Vgl. in algemene zin: Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel (2009), p. 10.

⁸ Het gaat in deze rede vooral om de redelijke prijs van elektriciteit. Wat voor elektriciteit wordt opgemerkt is overigens vaak ook van belang voor de gasvoorziening.

⁹ Europese wetgeving bepaalt daarnaast als onderdeel van het Europese milieu- en klimaatbeleid, dat in 2020 Europawijd het energieverbruik voor 20% uit duurzame energie bestaat. Zie Richtlijn 2009/28/EG van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen, *Pb EU* L 140/28, 5 juni 2009.

¹⁰ Op Europees niveau is tevens wettelijk vastgelegd dat de CO₂-uitstoot in 2020 met 20% moet zijn afgenomen ten opzichte van 1990. Deze doelstelling is onderdeel van een breed Europees milieu- en klimaatbeleid. Deze vermindering van CO₂-uitstoot is noodzakelijk om te voorkomen dat de gemiddelde temperatuur met niet meer dan 2°C stijgt.

¹¹ Vgl. Gerrit Buist en Simone Pront- van Bommel, *Smart grids*, onderzoeksnotitie, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA, d.d. 29 april 2010, gepubliceerd op de website van het Centrum. Zie Sanne Akerboom, Gerrit Buist en Simone Pront, *Ruimtelijke inpassing van lokale duurzame energievoorzieningen*, onderzoeksnotitie, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA, d.d. 8 maart 2012, gepubliceerd op de website van het Centrum.

¹² Vgl. voor windturbine-parken op land: Simone Pront-van Bommel, 'Juridische mogelijkheden en beperkingen voor windenergie op land', in: *Duurzame energie. Juridische kansen en belemmeringen* (red. Bibi Krot en Liselotte van Middelkoop), Congresbundel Centrum voor Milieurecht UvA 2010, pp. 67-86 en Simone Pront-van Bommel, 'Ruimtelijke inpassing van grote energieprojecten', *TBR*, 2009, pp. 978-988.

¹³ Mededeling van de commissie aan het Europees parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 17 november 2010, *Prioriteiten voor energie-infrastructuurprojecten voor 2020 en verder - Een blauwdruk voor een Europees geïntegreerd energienetwerk*, COM(2010) 677 definitief.

¹⁴ Zie ook Gerrit Buist en Simone Pront-van Bommel, *Financieel toezicht op energiebeurzen*, onderzoeksnotitie, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA, d.d. 21 januari 2009, gepubliceerd op de website van het Centrum.

¹⁵ Kenmerken van het beschreven marktmodel is ontleend aan de welvaartseconomie. Zie daarvoor de preadviezen, *Marktwerking en Publieke Belangen*, (2009). Genoemde kenmerken kunnen in belangrijke mate (ook) geschaard worden onder de (oudere) neo-klassieke economie.

¹⁶ Vgl. Lev S. Belyaev, *Electricity Market Reforms*, Springer Science and Business Media, LLC 2011, p. 31.

¹⁷ Jean-Michael Glachant, Dominique Finon en Adrien de Hauteclocque (red.), *Competition, contract and electricity markets*, Loyola de Placio Seris on European Energy Policy 2011, p. 149.

¹⁸ HvJ EG, 22 mei 2008, Zaak C-439/06, *Citiworks*, Jur. 2008. Simone pront- van Bommel, 'Particuliere energiedistributiesystemen Europeesrechtelijk getoetst', *SEW*, november 2011, pp. 470-479; Simone Pront-van Bommel, 'Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?', *SEW* 2009, pp. 244-252 en Ronald de Vlam en Max Oosterhuis, 'Ceci n'est pas une ligne directe', Annotatie bij uitspraak CBB van 15 december 2010, LJN BQ8299, *TvE* nr. 3 augustus 2010, pp. 143-148.

¹⁹ Wettelijk is krachtens art. 5 lid 1 Elektriciteitswet de Raad van Bestuur van de NMa met toezicht op de energiesector belast. Uit de Gaswet blijkt dit minder expliciet, maar volgens de bepalingen blijkt van de competentie van de Raad van Bestuur. Zie bijv. art. 19 over de geschilbeslechting en art. 12f inzake de tarieven. De Energiekamer, een afdeling van de NMa, is krachtens mandaat bevoegd om namens de Raad van Bestuur deze taak uit te oefenen. Zie Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 14819, gewijzigd april 2010, *Stcrt.* 2012, nr. 9370.

²⁰ NMa, *Monitor Consumentenmarkt elektriciteit en gas 2010*, Den Haag: Energiekamer februari 2011; ook: NMa, *Tendrapportage Marktwerving en Consumentenvertrouwen in de energiemarkt tweede helft 2011*, Den Haag: Energiekamer maart 2012.

²¹ Frank van der Salm, Erik Stam, Cor Marijs en Gerard de Vries, *Public interests in the implementation of the EU ETS in the Netherlands: Stakeholder perspectives*, WRR webpublicatie nr. 61, september 2011: aan de kant van de vraag is sprake van naar nutsmaximalisatie strevende consumenten.

²² William Stanley Jevons, *The Theory of Political Economy*, London: Macmillan 1888, 3rd edition, Chapter IV.

²³ De wettekst kent enige aanknopingspunten en tevens beoordelingsvrijheid toe aan de Energiekamer. Zie art. 95b leden 1 en 3 Elektriciteitswet en art. 43 leden 1 en 3 Gaswet. Zie voor kritische beschouwingen: Jan Erik Janssen, 'Het vangnet van de NMa: weg ermee!', *TvE* 2011, pp. 14 e.v.

²⁴ Vgl. HvJ EG, 20 april 2010, Zaak C-265/08, *Federutility*, Jur. 2010, r.o. 35.

²⁵ Zie de website van de NMa voor een beschrijving van de vangnetregeling, waarin de NMa hoofdlijnen uiteenzet voor de beoordeling van tarieven op redelijkheid.
<www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_documenten_en_publicaties/marktonderzoeken/korte_beschrijving_vangnetmethodiek_elektriciteit_en_gas.aspx>. Zie daarnaast Janssen (2011) en Boaz Moselle, *Assessment of the effects of tariff regulation on the Dutch residential retail markets for energy*, The Brattle Group 2009 inzake het criterium van een 'reasonable margin' en de effectiviteit van het toezicht op de redelijke energieleveringsprijs.

²⁶ Energiekamer, *Tendrapportage Marktwerving en Consumentenvertrouwen in de energiemarkt tweede helft 2011*, Den Haag maart 2012, p. 11: "Hiervan is 48% leveringskosten voor elektriciteit en gas, 17% netwerkkosten en meterhuur en 35% energiebelasting en BTW."

²⁷ Art. 8 Wet op de omzetbelasting.

²⁸ Energiekamer, *Tendrapportage Marktwerving en Consumentenvertrouwen in de energiemarkt tweede helft 2011*, Den Haag maart 2012, p. 11: "Op 1 januari 2012 betaalde een gemiddeld huishouden €1880,00 per jaar voor elektriciteit en gas (figuur 10). Hiervan is 48% leveringskosten voor elektriciteit en gas, 17% netwerkkosten en meterhuur en 35% energiebelasting en BTW. Ten opzichte van een jaar geleden is deze verdeling niet veranderd. De gemiddelde jaarkosten zijn wel gestegen; op 1 juli 2010 bedroegen deze nog € 1685,00. De stijging wordt veroorzaakt door een stijging van de leverings- en netwerkkosten. Ook het tarief van de energiebelasting is gestegen. Het verbruik van elektriciteit en gas is de laatste jaren redelijk stabiel gebleven.

²⁹ Dit houdt mede verband met de lagere leveringsprijzen voor gas en elektriciteit. Zie voor de gemiddelde prijzen van zowel gas als elektriciteit zoals per november 2011 statistische gegevens van Europe's Energy Portal: <<http://www.energy.eu/>>.

³⁰ 'Universele dienstverlening' is een communautair begrip en wordt omschreven als 'een gedefinieerd minimumpakket van diensten van een gegeven kwaliteit dat voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is voor een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs' (Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), overweging 7). Zie Eric van Damme, Jos Jansen, Jan Potters, Thijs ten Raa en Vincent Verouden, *Universele dienstverlening*.

Marktwerving ten bate van iedereen, Ministerie van Economische Zaken 1998 en Wouter Devroe, 'Universele dienstverlening', als nieuwe manier van denken', *SEW* 2000, pp. 82-95.

³¹ Art. 3 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG). Zie Simone Pront - van Bommel, 'Het derde energiepakket', *SEW* 2011, p. 456.

³² Zie vorige noot: de aanspraak van huishoudens op een universele dienstverlening kan het opleggen van een maximum leveringsprijs van overheidswege - onder strikte voorwaarden - rechtvaardigen.

³³ Machiel Mulder en Bert Willems, 'Borging van publieke belangen in de energievoorziening', in: *Marktwerving en Publieke Belangen*, Eric ten Damme en Maarten Pieter Schinkel (red.) (2009), hoofdstuk 6: Met 'betaalbaarheid' wordt binnen de welvaartseconomie veelal niet bedoeld op de politieke vraag of energieprijzen voor consumenten, *acceptable* zijn, maar of de prijzen in economische zin efficiënt zijn. Het publieke belang betreft daar de efficiëntie van de energievoorziening die door de markt zelf mogelijk niet optimaal wordt gerealiseerd.

³⁴ Zie ook, Rapport, *Marktmonitor Nederlandse kleinverbruikermarkt voor elektriciteit en gas*, Energiekamer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Den Haag januari 2009, p. 21-25.

³⁵ Gerrit Buist en Simone Pront-van Bommel, *Hoe groen zijn de derde energierichtlijnen?*, onderzoeksnotitie, Centrum voor Energievraagstukken UvA d.d. 18 november 2009, gepubliceerd op de website van het Centrum.

Vgl. meer algemeen: Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel (2009), p. 16. Op 13 juni hebben het Europees Parlement en de Europese Raad van Ministers overeenstemming bereikt over de Energie Efficiëntie Richtlijn. Het is een akkoord geworden dat ervoor moet zorgen dat de Europese lidstaten in 2020 20% zuiniger omgaan met energie ten opzichte van 1990.

³⁶ Art. 17, Richtlijn 2003/96/EG tot herstructurering van de communautaire regeling voor belasting van energieproducten en elektriciteit, COM(2011) 169 Def.

³⁷ Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law. Law and Economic Approaches*, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2012, i.h.b. Hoofdstuk 1.

³⁸ Deze notie staat ook onder druk in de economische wetenschap. Zie voor kritische beschouwingen dienaangaande James Galbraith, *The Predator State*, New York: Simon & Schuster 2008, pp. 151-163; Clive Granger and Oskar Morgenstern, *Predictability of Stock Market Prices*, Massachusetts: DC Heath & Co, Lexington, 1970, pp. 9 - 22; Robert Schiller, *Market Volatility*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1989, pp. 105-130 en Lawrence Summers, 'On Economics and Finance', *Journal of Finance*, July 1985, pp. 633-635.

³⁹ Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel (red.), *Marktwerving en publieke belangen* (2009), p. 7. ; In dezelfde uitgave; Barbara Baarsma en Jan Theeuwes 'Publiek belang en marktwerving: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak' (2009), pp. 23-86. Preadviezen 2011 van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, *De economische toekomst van Nederland*, Den Haag: Sdu uitgevers, 2011, pp. 47-55 en Ben Dankbaar, Theon van Dijk, Luc Soete en Bart Verspagen, *Technologie en Wetenschapsbeleid in veranderende economische theorievorming, Voorstudies en achtergronden Technologiebeleid*, T5, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, SDU uitgeverij, 's- Gravenhage 1991, p. 4, 9 en 11.

⁴⁰ H.D. van Wijk, Willem Konijnbelt en Ron van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business, 2011, BA 2012, 44 en Raymond Schlössels en Sjoerd Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Kluwer, Deventer: 2010.

⁴¹ Simone Pront-van Bommel, 'Financieel toezicht op de elektriciteitssector', *TvF* 2010, pp. 52-62 en Simone Pront-van Bommel, 'The Development of the European Electricity Market in a Juridical No Man's Land', in: *Financial Aspects in Energy* (red. André Dorsman, Wim Westerman, Mehmet Baha Karan en Özgür Arslan), Londen New York: Springer, Chapter 10.

⁴² Gerrit Buist, *REMIT: Toezicht en de Europese Energiemarkt*, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA, gepubliceerd op de website (concept).

⁴³ Dat was ook het geval in de financiële sector. Slechts weinigen hadden deze crisis zien aankomen. Sterker nog, in brede kring bestond voor de crisis consensus dat financiële markten juist stabielere waren geworden. Zie, Financial Services Authority The Turner Review - *A regulatory response to the global banking crisis*, London: Financial Services Authority, (2009) pp. 21-22; WRR, *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Den Haag/Amsterdam: 2012, p. 94.

⁴⁴ Zie voor een beschrijving van het toezicht door ACER en doelstellingen daarvan: Saskia Lavrijssen, *Toezicht op de wholesale markten voor energie en de bescherming van consumentenbelangen* (in concept), Amsterdam 2012, Gepubliceerd op de website van het Centrum voor Energievraagstukken UvA.

⁴⁵ Zie noot 42.

⁴⁶ Vgl. Annetje Ottow, 'Modernisering van het mededingingsrecht 2.0', redactioneel, *M&M* 2012, nr. 1 en Gerrit Buist en Simone Pront-van Bommel, *Toezicht Europa'proof'?*, onderzoeksnotitie, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA d.d. 2 september 2010, gepubliceerd op de website.

⁴⁷ Monica Giulietti, C. W. Price en Michael Waterson, *Redundant Regulation? Competition and Consumer Choice in Residential Energy Markets*, University of East Anglia, November 2000, pp 7-9; Thomas Sanquist e.a., 'Lifestyle factors in the U.S. residential electricity consumption', *Energy Policy* 42 (2012), pp. 354-364, i.h.b. p. 355; Vigen Nikogosian en Tobias Veith, 'The impact of ownership on price-setting in retail-energy markets - The German case', *Energy Policy* 41 (2012), pp. 161-172 en Anke van Hal, 'Van papieren duurzaamheidsambities naar de praktijk: Kennis van gedrag is missing link', in: *Building Business*, april 2011, pp. 38- 40.

⁴⁸ Jan Pieter Hendrik Donner, *Staat in beweging*, WRR, voorstudies en achtergronden V100, SDU, Den Haag, 1998, p. 37.

⁴⁹ Maarten Wolsink, 'De homo economicus onder stroom. Energie-opwekking en -gebruik in smart grids', in: *De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt* (red. Simone Pront-van Bommel), Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken december 2010.

⁵⁰ Ans Kolk, 'The Role of consumers in EU energy policy', *Carbon Management* 3(2) 2012, pp. 186-190.

⁵¹ Gerrit Buist en Simone Pront, *Smart grids*, onderzoeksnotitie, Amsterdam: Centrum voor Energievraagstukken UvA, d.d. 29 april 2010, gepubliceerd op de website van het Centrum.

⁵² WRR, *Infrastructure, time to invest*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

⁵³ WRR, *Klimaatstrategie - tussen ambitie en realisme*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006, p. 11.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Annetje Ottow, 'redactioneel', *M&M* 2012, nr. 1 p. 2.

⁵⁵ Barbara Baarsma en Jan Theeuwes, 'Publiek belang en marktwerking', in: preadviezen *Marktwerking en Publieke Belangen* (2009), p. 26.

⁵⁶ Energiekamer, *Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet Eindverslag*, Den Haag april 2012, p. 121: "Tegelijkertijd is zowel de C3 (het gezamenlijk marktaandeel van de drie grootste voormalig monopolistische leveranciers) als de HHI in 2011 gestegen ten opzichte van 2010 (ca. 85 % elektriciteitsmarkt en ca. 83 % gasmarkt)."

⁵⁷ WRR, *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Den Haag/Amsterdam: WRR april 2012, p. 39; zie ook: art. 37, 38 en 40 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

⁵⁸ De toezichthouder is wettelijk (art. 5 lid 1 Elektriciteitswet) de Raad van Bestuur van de NMa. Vgl. art. 12f en 19 Gaswet. Zie Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 14819, gewijzigd april 2010, *Stcrt.* 2012, nr. 9370.

⁵⁹ Zie ook: Simone Pront-van Bommel, 'Financieel toezicht op de energiesector', *TvE* 2010/3.

⁶⁰ Zie noot 18.

⁶¹ Vgl. HvJ EG, 9 oktober 2008, Zaak C-239/07, *Julius Sabatauskas*, r.o. 43-49.

⁶² Annelies Huygen, *Regulering bij concurrentie: de Nederlandse elektriciteitssector*, Proefschrift Universiteit Leiden, 1999. Sommigen bestrijden overigens het verschijnsel dat monopolies een natuurlijk karakter kunnen hebben, dat is ingegeven door de stand van de techniek, en betrokken schaalvoordelen voor implementatie daarvan, ook voor de energiesector. Zie Thomas D'Iorio, 'The Myth of the Natural Monopoly', *The Review of Austrian Economics*, Vol. 9, nr.2 (1996), pp. 43-58. Vgl. J.F. Appeldoorn & Hans Vedder, *Mededingingsrecht: Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2010, p. 6: "Vrijwel altijd komt dit doordat het actief worden op een markt door een overheid afhankelijk is gesteld van een vergunning en er slechts aan één onderneming een vergunning is verleend: een juridische monopolie."

⁶³ Zie Sanne Akerboom, Gerrit Buist, Annelies Huygen & Annetje Ottow (2011), *Smart grid pilots. Handvatten voor toepassing van wet- en regelgeving Deel 2*. Amsterdam, Delft, Utrecht: Centrum voor Energievraagstukken UvA 2011, par. 4.3.

⁶⁴ Bundesnetzagentur, „Smart Grid“ und „Smart Market“, *Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zu den Aspekten des sich verändernden Energieversorgungssystems*, Bonn December 2011.

⁶⁵ Als voorzetting op onder meer: *Handvatten I en II; Smart grids* (2011) en Simone Pront-van Bommel, 'Particuliere energiedistributiesystemen Europeesrechtelijk getoetst', *SEW* 2011, pp. 470-479.

⁶⁶ WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, bijv. p. 27.

⁶⁷ Vgl. WRR, *Lerende overheid; een pleidooi voor probleem gerichte politiek*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, bijv. p. 36.