



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Handhaving en toezicht in een Europese context

de Moor-van Vugt, A.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt: inleidingen op het openingscongres van het Centrum voor Energievraagstukken Universiteit van Amsterdam op 27 januari 2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Moor-van Vugt, A. (2011). Handhaving en toezicht in een Europese context. In S. Pront-van Bommel (Ed.), *De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt: inleidingen op het openingscongres van het Centrum voor Energievraagstukken Universiteit van Amsterdam op 27 januari 2010* (pp. 62-95). Universiteit van Amsterdam, Centrum voor Energievraagstukken. <http://www.jur.uva.nl/cve/publicaties.cfm/EC4FA05A-2295-4A5F-87534E5D1994E6E0>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

De consument en de andere kant van de elektriciteitsmarkt

onder redactie van dr. Simone Pront-van Bommel

“Inleidingen op het openingscongres van het Centrum voor Energievraagstukken Universiteit van Amsterdam op 27 januari 2010”

Handhaving en toezicht in een Europese context

Adrienne de Moor-van Vugt¹



¹ Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de UvA en is verbonden aan het Centrum voor Energievraagstukken. Zij dankt Anne van Toor en Eva Winters voor hun onderzoeksondersteuning. De tekst is in hoofdzaak afgesloten in september 2010, incidenteel zijn latere ontwikkelingen meegenomen.

In dit hoofdstuk wordt het vraagstuk van de rol van Europa bij het toezicht op, en de handhaving van het energiebeleid, met inbegrip van de bescherming van de positie van de consument, in een breder perspectief geplaatst. Het toezicht- en handhavingsbeleid wordt meer en meer aangestuurd vanuit Europa en de nationale regulerende instanties, in Nederland toezichthouders genoemd, moeten ervoor zorgen dat de doelstellingen van het EU-beleid ook daadwerkelijk gestalte krijgen. De Europese Commissie ziet erop toe dat de toezichthouders deze verplichting nakomen. Deze taak wordt ook wel aangeduid als metatoezicht. De meer algemene vraag die in dit stuk centraal staat, is wat we de komende jaren kunnen verwachten van de Europese Commissie bij het metatoezicht, in relatie tot de energiemarkt. Voor de beantwoording van die vraag kijken we naar andere beleidsterreinen waarop Europa de afgelopen dertig, veertig jaar, ter bescherming van bepaalde belangen, nieuw beleid heeft geïntroduceerd. Uit een beperkte survey van een vijftal terreinen blijkt dat de sturing vanuit Europa steeds sterker wordt. Toezichthouders krijgen steeds meer door de Commissie opgelegde taken en de Commissie manifesteert zich steeds nadrukkelijker als medetoezichthouder in plaats van als metatoezichthouder. Daarbij spelen netwerken en agentschappen een belangrijke rol. Deze worden ingezet als verbinding tussen de Commissie en de nationale regulerende instanties en krijgen adviserende, coördinerende en geschilbeslechtende taken, die hen veel invloed geven op het beleid in de lidstaten. Deze ontwikkeling doet zich versneld voor bij het energiebeleid. De vraag is echter of daarmee een belangrijke doelstelling van dat beleid, de bescherming van de positie van de consument, op een effectieve manier wordt bereikt.

1. Een korte schets van het Europese energiebeleid

De aandacht van de EU voor de plaats van de consument in het energiebeleid is van betrekkelijk recente datum. Eind jaren negentig is de EU begonnen met de liberalisering van de energiemarkten en de laatste jaren is de aandacht voor de positie van de consument op de energiemarkten toegenomen.² Volgens de EU moet de consument kunnen rekenen op een

2 Dit is onder andere af te leiden uit het Citizens Energy Forum London, ook wel The London Forum genoemd. In 2008 is door toenemende aandacht voor de energieconsument door de Commissie het eerste forum georganiseerd. Meer informatie is te vinden op: <http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_citizen_energy_en.htm>.

betrouwbare en betaalbare energievoorziening. De beleidsnota van de Commissie over de rechten van de energieconsument uit 2007³, was de opmaat voor het Derde energiepakket, onder meer neergelegd in de Derde Elektriciteitsrichtlijn, die in 2011 in nationale wetgeving omgezet dient te zijn.⁴ De richtlijn besteedt veel aandacht aan de positie van de consument en draagt de nationale regulerende instanties (ook wel: nri's) op bij te dragen aan de consumentenbescherming.⁵ In Nederland is als nri aangegeven de Energiekamer van de NMa. In Bijlage I bij de richtlijn staat nog eens uitgebreid vermeld welke maatregelen de lidstaten moeten treffen in het kader van de consumentenbescherming. Bovendien worden daarin de rechten van de energieconsument versterkt.⁶ Elders wordt uitgebreider ingegaan op dit Derde Energiepakket.⁷

2. Gewenste waarborgen voor de energieconsument

De zorg voor de positie van de energieconsument past in de bredere trend die is ingezet in de EU om de consument te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken. Het Werkingsverdrag (VWEU) bepaalt in artikel 169, dat de Gemeenschap dient bij te dragen tot een hoog niveau van consumentenbescherming. Oneerlijke handelspraktijken moeten worden bestreden om de werking van de interne markt te verbeteren en concurrentievervalsing tegen te gaan. Zo werd in 2005 bijvoorbeeld de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken gepubliceerd.⁸ Deze richtlijn komt mede voort uit de in 2002 gepubliceerde strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006 en het groenboek over consumentenbescherming.⁹ Consumentenbescherming is daarmee een doelstelling die binnen alle beleidsterreinen van de EU wordt nagestreefd.

3 Een energiebeleid voor Europa, Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad en het Europees Parlement, COM(2007) 1 def.

4 Richtlijn 2009/72/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (hierna: Derde Elektriciteitsrichtlijn).

5 Considerans punt 51 en artikel 37, lid 1, onder n, Derde Elektriciteitsrichtlijn.

6 Naar een Europees Handvest betreffende de rechten van de energieconsument, Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, COM(2007) 386 def. (hierna: Handvest).

7 Zie voor een overzicht ook: S. Pront-van Bommel, Het Derde Energiepakket, SEW (11), 2010, p. 455-467.

8 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken), Pb. 2005 L 149.

9 Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, COM (2001) 531 def.

De Derde Elektriciteitsrichtlijn zelf bevat een opdracht aan de lidstaten om bepaalde maatregelen te nemen om eindafnemers te beschermen, in het bijzonder kwetsbare afnemers. De richtlijn definieert niet wie onder de categorie kwetsbare afnemers vallen, maar verwijst naar het verbod op afsluiting van de elektriciteitstoevoer van dergelijke afnemers in moeilijke tijden en naar eindafnemers in afgelegen gebieden (artikel 3, zevende lid). Voor huishoudelijke afnemers zijn in Bijlage I wel specifieke rechten opgenomen, zoals het recht op een contract met de leverancier en het recht op eerlijke en kenbare contractvoorwaarden. Ook andere waarborgen zijn voor deze categorie specifiek omschreven, zoals transparante informatie over prijzen en tarieven, het kenbaar maken van gebruiksgegevens, een eenvoudige en kosteloze overstap naar een andere leverancier (met een snelle eindafrekening) en slimme meters om de consument in staat te stellen actief deel te nemen aan de energiemarkt.

Onder druk van het Europees Parlement en het EESC is de Commissie overgegaan tot de formulering van een concept Handvest.¹⁰ Daarmee moet de positie van de consument ten aanzien van een aantal aspecten van de energielevering worden versterkt. Het Handvest is vooral, maar niet alleen, gericht op de kwetsbare consument. Lidstaten hadden tot dan toe te weinig gedaan ter bescherming van de positie van deze consumenten, zo schreef de Commissie toen. In het consultatiedocument voor het Handvest identificeert de Commissie op welke punten verbetering nodig is. Kort gezegd gaat het om keuzevrijheid (inclusief het beschikbaar stellen van relevante informatie), betrouwbaarheid (leverings- en voorzieningszekerheid), betaalbaarheid en transparante prijsvorming. Daarnaast gaat het om eerlijke handelspraktijken: een helder contract, toegang tot gebruiksgegevens, heldere informatie over prijzen en laagdrempelige geschilbeslechting. Ook bevat het concept aanbevelingen voor de bescherming van de sociaal kwetsbare consument, beperkingen van de administratieve rompslomp (onder meer bij het overstappen naar een andere leverancier) en de mogelijkheid tot actieve marktdeelname. Een aantal van deze rechten is voor huishoudelijke afnemers als gezegd in de Bijlage I van de Derde Elektriciteitsrichtlijn terecht gekomen.

10 Zie het Handvest.

Een duidelijk en uniform stelsel van de rechten van de energieconsument ontbreekt echter nog. Bovendien wil de Commissie ook bewerkstelligen dat binnen de energiesector aan zelfregulering wordt gedaan op deze terreinen.¹¹ Zo ontstaat een erg complex systeem van consumentenbescherming, zeker als we bedenken dat de algemene Europese regels over consumentenbescherming tevens onverkort van toepassing zijn. Dit complexe systeem moet vervolgens worden gehandhaafd in een al even complex handhavingarangement. Voordat ik dat ga bespreken, moet eerst iets worden gezegd over de bevoegdheidsverdeling bij handhaving in het algemeen.

3. Bevoegdheidsverdeling EU-lidstaten bij handhaving en toezicht

Om de verhouding tussen de Commissie en de lidstaten bij het toezicht op de uitvoering van het energiebeleid te schetsen, kijken we naar de algemene regels met betrekking tot het toezicht op de lidstaten.

De EU kan enkel die beleidsterreinen reguleren die in de verdragen zijn vastgelegd. Verder heeft de EU, zoals bekend, enkel bevoegdheden voor zover die haar bij die verdragen zijn toegekend. Dit betekent dat de EU en de lidstaten als het ware communicerende vaten zijn: hoe meer de beleidsbepaling toekomt aan de EU, hoe minder de lidstaten te vertellen hebben en andersom. Daarbij komt dat de autonomie van de lidstaten nog verder wordt beperkt naarmate de EU ingrijpender bevoegdheden heeft en die gebruikt om meer gedetailleerd in regelgeving vast te leggen wat zij van de lidstaten verwacht. Een richtlijn die uitgaat van minimumharmonisatie laat aan lidstaten bijvoorbeeld nog redelijk wat vrijheid voor het maken van eigen keuzes binnen de uitgezette lijnen. Bij volledige harmonisatie is dat uitgesloten.

De Europese Commissie ziet erop toe dat de lidstaten hun verplichtingen tot uitvoering van het gemeenschapsrecht nakomen. Dat betreft op de eerste plaats de uitvoering van de Europese regelgeving in termen van implementatie in de nationale regelgeving. Verder dient een lidstaat een uitvoeringsstructuur te hebben, bijvoorbeeld door de autoriteiten aan te wijzen die bevoegd zijn tot het nemen van de benodigde beslissingen. Voor richtlijnen gaat het er om nationale uitvoeringsregelgeving tijdig, binnen

11 Zie het Handvest, p. 8.

de implementatietermijn, klaar te hebben. Overschrijding van die termijn of het nalaten te implementeren heeft de bekende consequenties: sommige bepalingen kunnen rechtstreeks worden toegepast en de Europese Commissie kan een inbreukprocedure bij het Europees Hof van Justitie starten. Vervolgens gaat het om de daadwerkelijke uitvoering van de EU-regelgeving door het nemen van besluiten, toezicht op de naleving en het optreden tegen niet-naleving.

Uitvoering, toezicht en handhaving behoren in beginsel tot de procedurele en institutionele autonomie van de lidstaten, ook al wordt een beleidsterrein beheerst door communautaire regels. De institutionele autonomie houdt in dat lidstaten hun eigen organisatiestructuur kiezen en zelf bepalen aan welke organen zij de uitvoering van het gemeenschapsrecht opdragen. Aan de institutionele autonomie wordt zelden tot nooit getornd door de Commissie of het Hof. Wel worden lidstaten met enige regelmaat aangesproken en soms ook veroordeeld door het Hof, omdat zij niet hebben gezorgd voor toewijzing van de uitvoering aan een bevoegde autoriteit of onduidelijkheid laten bestaan over de interne bevoegdheidsverdeling.¹²

Anders ligt het met de procedurele autonomie van de lidstaten, niet in het minst als het gaat om het toezicht en de handhaving. Het Hof van Justitie heeft in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw wel een aantal algemene uitgangspunten geformuleerd waaraan de handhavingssystemen van de lidstaten moeten voldoen. Omdat EU-instellingen weinig tot geen bevoegdheden hebben tot het opleggen van sancties (het mededingingsrecht vormt een uitzondering), is de EU voor het afdwingen van naleving van het gemeenschapsrecht, dat wil zeggen voor het toezicht, de controle en de sanctionering afhankelijk van de lidstaten en de daar beschikbare structuren.

De Europese Commissie heeft tot taak toe te zien op de uitvoering van het gemeenschapsrecht (artikel 211 EG; thans artikel 17, eerste lid, Verdrag betreffende de Europese Unie (VWEU)). In die hoedanigheid gedraagt de Commissie zich als een metatoezichthouder. De effectiviteit van het EU-beleid staat of valt echter met een daadwerkelijke handhaving en dat

12 Met name bij federale staatsvormen, zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 december 1996, nr. C-297/95, Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, Jur. 1996, I-6739.

maakt dat de Commissie in de loop der jaren heeft gezocht naar methoden om die handhaving te beïnvloeden.¹³

4. De ontwikkeling van de Europese invloed op nationaal toezicht en handhaving

De beïnvloeding van het nationale toezicht en de handhaving door de EU is begonnen vanwege de onvrede van de Commissie met de graad van naleving van de (toen nog) EG-regels. In het bijzonder was de Commissie ontevreden over het weglekken van gelden uit de EG-fondsen. Grofweg kan een onderscheid worden gemaakt tussen de periode tot 1992 en de periode daarna. Tot 1992 was het uitgangspunt dat toezicht en handhaving taken waren van de lidstaten, die zij autonoom konden uitoefenen. Het EG-verdrag werd geacht geen basis te geven voor ingrijpen door de Europese Commissie. De vrijheid die de lidstaten daarbij genoten werd gaandeweg wel iets ingeperkt: hun beleid moest voldoen aan de eisen van gemeenschapstrouw, non-discriminatie en effectiviteit. De sancties die zij hanteerden moesten effectief, afschrikwekkend en evenredig aan de overtreding zijn. Vanaf 1992 volgde een striktere aanpak, die in sommige gevallen uitmondde in volledige communautarisering van het toezicht en de handhaving.

De eerste aanzet daartoe lag op het gebied van de financiële controle van landbouwsubsidies. Het werd toen steeds duidelijker dat fraude met Europese (landbouw)subsidies aan de orde van de dag was. De lidstaten gaven geen enkele prioriteit aan het opsporen en vervolgen ervan, terwijl de ermee gemoeide bedragen aanzienlijk waren. Bedragen afkomstig uit de EG-kas: het landbouwbeleid was immers van oudsher volkomen gecommunautariseerd. Naar aanleiding van een fraudezaak met, uit Joegoslavië afkomstige maïs, zijn de verplichtingen van lidstaten op het stuk van de handhaving aangescherpt. De Commissie verzocht in die zaak de Griekse autoriteiten onder meer om de inleiding van straf- en tuchtrechtelijke procedures tegen de douaniers die bij de fraude betrokken bleken. Grieken-

13 Zie mijn artikel *Stalen vuist of fluwelen handschoen? Overtuigende handhaving van gemeenschapsrecht*, in: Bart van Klink/Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 225-237.

land treuzelde hier zo lang mee dat de Commissie een inbreukprocedure wegens verdragsschending begon en uiteindelijk won.¹⁴

De lidstaten zijn sindsdien niet volledig vrij in de keuze of zij zullen handhaven, noch hoe ze dat zullen doen. Het Hof formuleerde in bovenvermelde zaak een aantal verplichtingen en nam daarbij het toenmalige artikel 10 EG (nu artikel 4 derde lid VWEU) als basis. Het beginsel van de gemeenschapstrouw eist immers dat de lidstaten maatregelen nemen die geschikt zijn om nakoming van EG (nu EU)-regelgeving te verzekeren en handelingen nalaten die de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen. Op grond daarvan is het Hof van oordeel dat de lidstaten in beginsel vrij zijn in de keuze van het handhavinginstrumentarium. Zij kunnen al naar gelang het beleidsterrein en de aard van de rechtsinbreuk strafrechtelijke, civielrechtelijke of bestuursrechtelijke middelen inzetten.¹⁵ Het Hof van Justitie heeft echter wel bepaalde eisen gesteld aan de rechtshandhaving, die deels betrekking hebben op de regulering van handhavingbevoegdheden en deels op het handhavingsbeleid.

Op grondslag van het beginsel van gemeenschapstrouw en de eisen van non-discriminatie en effectiviteit, heeft het Hof vervolgens lidstaten verplichtingen opgelegd om overtredingen van het gemeenschapsrecht adequaat aan te pakken. Een overtreding van het gemeenschapsrecht moet onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Deze eis van non-discriminatie houdt in dat zowel de materieelrechtelijke bepalingen als de bepalingen met betrekking tot controle en vervolging zonder onderscheid toegepast moeten worden. De regels voor overtredingen van communautair recht mogen niet ongunstiger zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke nationale overtredingen.¹⁶

Een strikte eis van het Hof is dat het gekozen systeem moet leiden tot effectieve sanctionering. Het gekozen systeem en de gekozen sancties

14 Zie HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, Commissie/Griekenland, Jur. 1989, I-2965.

15 Zie HvJ EG 10 juli 1990, C-326/88, Hansen & Son, Jur. 1990, I-291, met betrekking tot de vraag of (streng) strafrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever voor het overtreeden van de rijtijdenregelgeving door de chauffeur in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

16 Zie HvJ EG 2 augustus 1993, nr. C-276/91, Commissie/Frankrijk, Jur. 1993, I-4413, waarin het Hof het verschil in beboeting van overtreding van BTW-bepalingen bij invoer vanuit andere lidstaten ten opzichte van overtredingen bij binnenlandse transacties veroordeelde.

moeten doeltreffend, afschrikwekkend en proportioneel zijn.¹⁷ De eis van proportionaliteit heeft niet alleen betrekking op te milde sancties, maar ook op te strenge straffen: het stellen van onevenredig hoge straffen op overtreding van bepaalde direct of indirect aan het vrije verkeer gerelateerde regelingen kan het vrije verkeer belemmeren.¹⁸

Ook voor de keuze om al dan niet over te gaan tot optreden tegen schendingen van het gemeenschapsrecht geldt dat de lidstaten in beginsel daarin vrij zijn. Maar ook deze vrijheid is ingeperkt door de beginselen van non-discriminatie en effectiviteit. Op grond van het beginsel van non-discriminatie dienen nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als tegen overtreding van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling. Op grond van het effectiviteitsbeginsel en op grond van de gemeenschapstrouw neemt het Hof een beginselplicht tot handhaving aan: de verplichting om op te treden tegen schendingen van het gemeenschapsrecht.

De steun van het Hof luidde de tweede fase in: de Europese Commissie besloot tot maatregelen om de nationale handhaving van EG-subsidievoorwaarden sterk te beïnvloeden. In de richtlijnen en verordeningen waarin de subsidies werden geregeld, werden voortaan ook verplichtingen opgenomen voor lidstaten om maatregelen te nemen tegen onregelmatigheden. Ondanks verzet van lidstaten als Duitsland, die de bevoegdheidsgrondslag in het EG-verdrag betwistte, werd ook de inhoud van die maatregelen vastgelegd: bij overtreding moesten er bepaalde bestuursrechtelijke sancties, zoals een boete of uitsluiting van volgende subsidies, volgen. Het Hof onderschreef de gekozen rechtsbasis, waarna de weg openlag voor verdergaande beïnvloeding van de nationale handhaving.¹⁹

Dit alles leverde echter nog niet genoeg op; te vaak bleef fraude onbestraft. Een belangrijk probleem daarbij bleek te liggen in de intracom-

17 Zie HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, Commissie/Griekenland, Jur. 1989, I-2965. In HvJ EG 18 oktober 2001, nr. C-354/99, Commissie/Ierland, Jur. 2001, I-7657, werd Ierland veroordeeld omdat het had nagelaten adequate sancties te stellen op niet-naleving van een richtlijn ter bescherming van proefdieren (richtlijn 86/609/EEG, Pb. 1986 L 358).

18 Zie HvJ EG 25 februari 1988, nr. C-299/86, Italië/Drexel, Jur. 1988, I-1213, met betrekking tot belastingwetgeving en HvJ EG 12 december 1989, nr. C-265/88, Messner, Jur. 1989, I-4209, met betrekking tot het afleggen van een verklaring van verblijf door niet-ingezetenen.

19 HvJ EG 27 oktober 1992, nr. C-240/90, Commissie/Duitsland, Jur. 1992, I-5383.

munautaire samenwerking. Veel fraudegevallen hadden betrekking op in-, door- en uitvoer van landbouwproducten, zoals de befaamde 'botercarrousel'. De Commissie besloot de oprichting van nationale verenigingen ter bescherming van de financiële belangen van (toen nog) de EG, zoals hier in Nederland DASEC, te stimuleren en te faciliteren. Vervolgens werden deze verenigingen uitgenodigd om conferenties te organiseren over verschillende aspecten van fraudebestrijding, zoals het toekennen van adequate bevoegdheden, de uitwisseling van informatie, het identificeren van obstakels bij intracommunautaire samenwerking, en de wijze van vervolging en bestraffing van fraude. Een belangrijk element daarbij was het met elkaar in contact brengen van de sleutelfiguren binnen de nationale autoriteiten die bij fraudebestrijding betrokken waren, zoals de douane, het OM, gespecialiseerde toezichtinstanties zoals de AID, het Britse Serious Fraud Office et cetera.²⁰

Parallel hieraan werd de Europese regelgeving aangepast. Lidstaten werden verplicht om een bepaald percentage van exportzendingen, van landbouwproducten waarvoor restituties werden gevraagd, of gesubsidieerde landbouwbedrijven fysiek te controleren.²¹ Bestrafing van geconstateerde overtredingen werd verplicht en de op te leggen bestuursrechtelijke sancties werden voorgeschreven.²² Aan de lidstaten werd elke vorm van beoordelingsruimte ontnomen en zij werden verplicht jaarlijks verslag te doen van hun handhavingsinspanningen. Daarnaast bestonden meldingsplichten voor geconstateerde overtredingen, die vervolgens in een grote database (IRENE) werden opgenomen.²³ Overtreders werden voor minstens een jaar uitgesloten van subsidies.

20 Zie bijvoorbeeld het verslag van een bijeenkomst in Nederland: J. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht in Nederland, Deventer: Kluwer 1993.

21 Zie bijvoorbeeld artikel 10, Verordening 438/2001, een uitvoeringsverordening met betrekking tot de beheers- en controlesystemen voor uit de structuurfondsen toegekende bijstand, Pb. 2001 L 63, waarin de eis is neergelegd dat 5 % van gesubsidieerde activiteiten wordt gecontroleerd.

22 HvJ 27 EG oktober 1992, nr. C-240/90, Commissie/Duitsland, Jur. 1992, I-5383; artikel, 38 Verordening 1260/1999, houdende algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen, Pb. 1999 L 161.

23 IRENE staat voor IRrégularités, ENquêtes, Exploitation (onregelmatigheden, onderzoeken, verwerking). Zie: Verordening 595/91 betreffende onregelmatigheden in het kader van de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en terugvordering van bedragen die in dat kader onverschuldigd zijn betaald, alsmede de organisatie van een informatiesysteem op dit gebied, Pb. 1991 L 67.

De Commissie richtte een eigen inspectie op, OLAF genaamd, die onderzoek doet naar fraudegevallen in de lidstaten en daartoe ook de bevoegdheid heeft om, weliswaar begeleid door de autoriteiten van de lidstaat in kwestie, bij bedrijven controles uit te voeren. Het verslag van geconstateerde onregelmatigheden heeft dezelfde status als een proces-verbaal. Lidstaten zijn verplicht aan deze constatering een follow-up te geven in de vorm van een sanctieprocedure.²⁴

Aldus wordt de bestrijding van onregelmatigheden met EU-subsidies momenteel volledig beheerst door de EU.

5. Van blauwdruk naar vast patroon

Een korte schets van de ontwikkelingen op andere beleidsterreinen laat zien dat Europa over het algemeen een telkens vergelijkbare aanpak kiest. De EU, en in het bijzonder de Europese Commissie volgt namelijk steeds een vast patroon, variaties die zijn toe te schrijven aan de aard van dat terrein daargelaten. Hierna zal blijken dat tussen de wat meer klassieke terreinen van EG-beleid, zoals de landbouw en het milieu, en de modernere, zoals de telecommunicatie, de financiële markten en de energiemarkt, wat betreft de verhouding Commissie en nationale autoriteiten, minder verschillen bestaan dan men zou denken. Wel moeten we in het achterhoofd houden dat op de drie laatst genoemde terreinen ten opzichte van de klassieke toezichtstaken een nieuw element is geïntroduceerd. Dat is de combinatie van klassieke toezichtstaken en regelgevende taken binnen een en dezelfde nationale regulerende instantie. Bij het klassieke toezicht ligt de nadruk meer op de sanctiebevoegdheden, terwijl bij het markttoezicht de nadruk ligt op de beleids- en reguleringskant.

5.1 Het patroon bij het milieubeleid

Anders dan de EG-landbouwsubsidies, is het milieu pas later voorwerp van EG-beleid geworden. Begin jaren zeventig van de vorige eeuw werd het eerste Milieu Actie Programma gestart.²⁵ Een rechtstreekse basis voor

²⁴ Verordening 2185/96 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden, Pb. 1996 L 292.

²⁵ Zie Pb. 1973 C 112.

het milieubeleid in het EG-verdrag, werd midden jaren tachtig verwezenlijkt (thans Titel XX VWEU). Tal van richtlijnen zagen het licht, over zowel milieunormen als vergunningsystemen. Weer tien jaar later kwam de Commissie tot de conclusie dat het met de handhaving van het milieurecht in de lidstaten bedroevend gesteld was en dat het haar ontbrak aan mogelijkheden om daar iets aan te doen, op de inbreukprocedure na.²⁶ Ook uit latere jaaroverzichten over de toepassing van het gemeenschapsrecht blijkt dat naleving en handhaving van milieuregelgeving moeizaam was.²⁷ De aanvankelijke strategie van overtuiging, gericht op de milieuvervuilers,²⁸ maakte plaats voor een brede set van maatregelen om de handhaving door de lidstaten te bevorderen.²⁹

De Commissie ging eisen stellen aan de milieu-inspecties van de lidstaten. De controle-intensiteit moest worden opgevoerd en de kwaliteit van de controles verhoogd. De nadruk kwam te liggen op verbreiding van kennis onder, en het smeden van onderlinge banden tussen de verantwoordelijke autoriteiten van de lidstaten. Door middel van conferenties en cursussen trachtte de Commissie meer begrip te kweken voor het milieubeleid.³⁰ Daarbij maakte de Commissie gebruik van een bestaand netwerk van nationale toezichthouders en rechtshandhavers, het zogenaamde IMPEL-

26 Implementing Community Environmental Law, COM (96) 500 fin. Zie voor dit alles mijn artikel Europese criteria voor milieutoezicht, in: Rob van Gestel/Philip Eijlander (red.), *Domeinconflicten tussen Europees en nationaal toezicht*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2006, p. 173-192. In 2000 was Griekenland het eerste land dat door het Hof werd veroordeeld tot betaling van een boete en een dwangsom, omdat het land een veroordeling door het Hof in een inbreukprocedure had genegeerd. HvJ EG 4 juli 2000, nr. C-387/97 Commissie/Griekenland, Jur. 2000, I-5047. De Commissie is steeds vaker lidstaten gaan aanpakken vanwege ontoereikende toezichtactiviteiten, zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 januari 2002, nr. C-103/00, Commissie/Griekenland, Jur. I-1147 en HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-304/02, Commissie/Frankrijk, AB 2006, 345, m.nt. dzz. (niet-uitvoering arrest Hof van Justitie inzake controleverplichtingen in de visserij. Het Hof legt een dwangsom en ambtshalve een forfaitaire som op).

27 Zie bijvoorbeeld de Annex bij de Third Annual Survey on the Implementation and Enforcement of Community Environmental Law (January 2000-December 2001), European Communities 2002, SEC 2002/1041.

28 First Annual Survey on the implementation and enforcement of Community Environmental Law (October 1996-December 1997), SEC (1999) 592.

29 Zie over deze ontwikkeling mijn artikel Stalen vuist of fluwelen handschoen? Overtuigende handhaving van gemeenschapsrecht, in: Bart van Klink en Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: Kluwer 2000, p. 225-237.

30 Second Annual Survey on the implementation and enforcement of Community Environmental Law (1998/1999), SEC(2000) 1219, p. 11-14.

netwerk. Dit netwerk werd ingekapseld in de communautaire structuren.³¹ We zullen hierna zien dat de Commissie veel en graag gebruik maakt van netwerkstructuren ter bevordering van de uitvoering van het Europese beleid. Binnen IMPEL wordt gewerkt aan informatie-uitwisseling en aan het afstemmen van beleid. In dit netwerk spelen zich ook de voorstadia van de voorbereiding van nieuwe communautaire regelgeving af, zoals rechtsvergelijkende studies. Naast uitwisseling van informatie en ideeën vond en vindt er binnen dit netwerk ook stroomlijning plaats via protocollering van toezichthandelingen.³² Deze protocollen zijn niet bindend voor de deelnemers, maar leiden de facto wel tot een vorm van commitment. Ook al omdat ze worden gehanteerd bij de vrijwillige audits die door IMPEL-leden, van tijd tot tijd, over en weer worden uitgevoerd.

De Commissie probeerde door bewustwording en onderlinge samenwerking de handhaving van milieuregelgeving een hogere prioriteit van de lidstaten te maken. Daarnaast werden op basis van de protocollen van IMPEL, richtsnoeren vastgelegd in een aanbeveling van de Raad en het Europees Parlement: de minimumeisen voor milieu-inspectie.³³ De lidstaten werden geacht te zorgen voor regelmatige en geplande controles op milieugebied. Daartoe moesten zij inspectieprogramma's maken, controles ter plekke uitvoeren en daarvan achteraf verslag doen aan de Commissie.³⁴ Vandaag de dag vormen zij een instrument met behulp waarvan de IMPEL-leden de toezichtinspanningen van de lidstaten en aspirant-lidstaten aan een audit onderwerpen.³⁵ Op grond van de resultaten van de audit worden verbeterpunten geformuleerd.³⁶

31 Dat bleek bijvoorbeeld uit het feit dat plek werd geboden aan IMPEL op de EG-website, destijds: <<http://europa.eu.int/comm/environment/impel>>.

32 Zie bijvoorbeeld de producten van het IMPEL-netwerk, zoals het IMPEL Reference Book for Environmental Inspection, June 1999.

33 Aanbeveling betreffende minimumcriteria voor milieu-inspecties in de lidstaten 2001/331/EG, Pb. 2001 L 118/41.

34 Zie voor een uitgebreide analyse van deze eisen mijn preadvies Europese criteria voor milieu-toezicht, in: G.A. Biezeveld e.a., *Handhaving van milieurecht vanuit Europees perspectief*, Publicaties van de Vereniging voor Milieurecht 2003-3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 85 – 104.

35 Zie <<http://impel.eu/>>.

36 *DOING THE RIGHT THINGS II Step-by-step guidance book for planning of environmental inspection*, IMPEL November 2008.

Op basis van de IMPEL-protocollen en de minimumcriteria is de professionalisering in sommige landen weliswaar op gang gekomen, maar de Commissie is ontevreden gebleven over de mate waarin lidstaten de aanbeveling daadwerkelijk opvolgen.³⁷ De Commissie overweegt daarom nu om specifieke inspectieverplichtingen in richtlijnen op te nemen, bijvoorbeeld door de eis te stellen dat bepaalde typen installaties minstens één maal per jaar voor inspectie worden bezocht, zoals in de Post Seveso-II richtlijn is gebeurd.³⁸ De IPPC-richtlijn wordt binnenkort aangepast, zodat lidstaten op basis van een risicoprofiel het aantal inspecties per jaar moeten vaststellen, met een minimum van één jaar voor grote en drie jaar voor kleinere installaties.³⁹ De oprichting van het Europees Milieuagentschap (EMA) diende een vergelijkbaar doel als het IMPEL-netwerk: het bevorderen van samenwerking, informatie-uitwisseling, bewustwording, stroomlijning en harmonisatie van handhavingmaatregelen.⁴⁰ Zo heeft EMA databases tot stand gebracht, op basis waarvan het beleidsadviezen uitbrengt aan de lidstaten ter ondersteuning van hun milieubeleid. Deze adviezen zijn niet bindend en in die zin verschilt EMA wel van agentenschappen als ACER en BEREK, die hierna aan bod komen. De laatste hebben immers een veel sterkere rol bij het beïnvloeden van de nationale besluitvorming inzake toezicht.

Naast deze 'zachte' beleidsmaatregelen is de Commissie er meer en meer toe over gegaan om lidstaten te verplichten bepaalde sancties te stellen, of op te leggen bij overtreding van bepalingen van milieuregeling. Er wordt op grond van de lijn uit het Griekse Mais-arrest⁴¹ niet alleen geëist dat lidstaten passende en evenredige sancties vaststellen en opleggen, maar ook dat bepaalde soorten maatregelen worden genomen als reactie

37 Mededeling over de toetsing van Aanbeveling 2001/331/EG betreffende minimumcriteria voor milieu-inspecties in de lidstaten, COM(2007) 707 def.

38 Zie artikel 18 Richtlijn 96/82/EG betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, Pb. 1997 L 10, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2003/105/EG, Pb2003 L 345.

39 Zie voor het voornemen COM(2007) 707 def., p. 9. De IPPC-richtlijn wordt in die zin gewijzigd, zie Standpunt (EU) nr. 1/2010 van de Raad in eerste lezing met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) (herschikking), Pb. 2010 C 107, artikel 23.

40 Zie de oprichtingsverordening, zoals gewijzigd, Verordening 401/2009 inzake het Europees Milieuagentschap en het Europees milieuobservatie- en -informatienetwerk (artikel 2). Zie ook de website: <<http://www.eea.europa.eu/nl>>.

41 Zie HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, Commissie/Griekenland, Jur. 1989, I-2965.

op niet-naleving.⁴² Een verdere stap is het voorschrijven van bepaalde punitieve sancties, die op overtredingen moeten worden toegepast.⁴³ Richtlijnen verplichten de lidstaten in hun nationale wetgeving strafrechtelijke sancties voor bepaalde, ernstige milieuovertredingen op te nemen. Als lidstaten deze sancties niet toepassen, kan de Commissie via het instrument van de inbreukprocedure een, in haar ogen, laks handhavingsbeleid aanpakken.

5.2 Het patroon bij financieel toezicht

De financiële markten werden begin jaren negentig onderwerp van Europese (interne markt) regulering. In het kader van het streven naar een verdergaande harmonisatie werden de regulering en het toezicht op de naleving in 2002 herzien. Het gevoelen was dat de lidstaten en in hun kielzog de nationale toezichthouders teveel bezig waren hun markten af te schermen. Daarbij vereisten de snelle ontwikkelingen binnen de financiële sector een beter afgestemde en meer flexibele Europese besluitvormingsprocedure. De herziening leidde tot het bekende Lamfalussy-systeem.⁴⁴ De regulering werd ingedeeld in vier niveaus. Op het eerste niveau formuleren het Europees Parlement en de Raad kaderbeginselen. Deze worden op niveau 2 nader uitgewerkt in technische uitvoeringsmaatregelen van de Commissie, die daarvoor de comitologieprocedure toepast, en bij de voorbereiding advies inwint van het bevoegde comité op niveau 3.⁴⁵ Deze comités - het Comité van Europese banktoezichthouders (CEBT), het Comité van Europese toezichthouders op verzekeringen en bedrijfspensioenen (CETVB) en het Comité van Europese effectenregelgevers (CEER) - kennen een

42 Zo wordt in de verordening inzake de bescherming van in het wild levende dier- en plantensoorten geëist dat bij invoer van beschermde soorten, deze in beslag worden genomen en verbeurd verklaard. Artikel 16 Verordening 338/97 inzake de bescherming van in het wild levende dier- en plantensoorten door controle op het desbetreffende handelsverkeer, Pb. 1997 L 61, zoals gewijzigd bij verordening (EG) 398/2009.

43 Zo zijn er de richtlijn inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht en de richtlijn inzake verontreiniging vanaf schepen. Richtlijn 2008/99 en richtlijn 2009/123. Eerdere pogingen van de Commissie om een dergelijke richtlijn tot stand te brengen strandden vanwege het ontbreken van een correcte rechtsbasis voor bepaalde maatregelen. Zie de zaken C-176/03, AB 2005, 435, en C-440/05, AB 2008, 47, beide m.nt. dzz.

44 Alexandre Lamfalussy (voorzitter), Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets, Brussel, 15 februari 2001. Zie voor een bespreking B.J. Drijber, Europese effectenwetgeving in een institutionele voortrekkersrol, SEW (4) 2003, p. 114-121.

45 De regelgevende niveau 2 comités zijn het Europees Comité voor het bankwezen, het Europees Comité voor verzekeringen en bedrijfspensioenen, en het Europees Comité voor het effectenbedrijf. Zij worden geleid door de Europese Commissie en bestaan uit hoge ambtenaren van de nationale ministeries van financiën.

netwerkstructuur en zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van de nationale toezichthoudende autoriteiten.⁴⁶ Genoemde niveau 3 comités hebben verder een belangrijke rol bij de consequente en eenvormige uitvoering van EU-richtlijnen. Zij moeten bijdragen tot een efficiëntere samenwerking tussen de nationale toezichthouders en tot convergentie van de toezichtpraktijken. Zij formuleren richtsnoeren en aanbevelingen voor de uitvoering door de nationale autoriteiten. Op niveau 4 ziet de Commissie toe op de naleving van het vastgestelde regelingsconstruct.

Bij een evaluatie in 2007 stelde de Commissie vast dat weliswaar vooruitgang was geboekt met betrekking tot toezicht en handhaving, maar dat er nog steeds divergenties bestonden als gevolg van gebrekkige coördinatie tussen de nationale toezichthouders.⁴⁷ Om de toezichtconvergentie te verhogen stelde de Commissie voor om de niveau 3 comités meer resultaatverplichtingen op te leggen in de vorm van verplichtingen om verantwoording af te leggen voor het gevoerde beleid richting het Europees Parlement en de Commissie. Daarnaast voerde de Commissie de politieke druk op richting lidstaten die in de comités genomen (niet bindende) besluiten niet wensten uit te voeren of afwijkende richtsnoeren hanteerden. In sommige wetgevingsbesluiten inzake financiële diensten is aangegeven over welke bevoegdheden toezichthouders ten minste moeten beschikken. Dit geldt met name voor de effectenwetgeving. Ook de herziene Bankenrichtlijn uit 2006 bevat een lijst van uiteenlopende specifieke bevoegdheden van toezichthouders. De Commissie was van oordeel dat niet alle toezichthouders over genoeg en afdoende minimumbevoegdheden en instrumenten (met inbegrip van sancties) beschikken, om hun verplichtingen in het intracommunautaire toezicht te kunnen nakomen. De Commissie constateerde dat de reikwijdte van de sanctiebevoegdheden en de straffen sterk uiteen liepen,⁴⁸ en uitte het voornemen om de minimumbevoegdheden van toezichthouders in de kaderregels van niveau 1 te

46 Ingesteld bij Besluit van respectievelijk 5 november 2003 (2004/5/EG: CEBT en 2004/6/EG: CETVB), en 6 juni 2001 (2001/527/EG: CEER). Engelse afkortingen: CEBS, CEIOPS en CESR.

47 Mededeling van de Commissie, Evaluatie van de Lamfalussy-procedure Bevorderen van de toezichtsconvergentie, COM(2007) 727 def.

48 Zie bijvoorbeeld het rapport van het Review Panel van CEER (CESR) van 21 juni 2007, waarbij de bevoegdheden van de toezichthouders uit hoofde van de Prospectusrichtlijn en de Richtlijn Marktmissbruik in kaart zijn gebracht, CESR/07-334b. Een vergelijkbare exercitie vond plaats, op verzoek van de Ecofin Raad van december 2007, met betrekking tot zowel toezichtbevoegdheden als toezichtpraktijk en sancties uit hoofde van de MiFID, gepubliceerd op 16 februari 2009: CESR/08-220.

versterken. Daarnaast deed de Commissie nog een aantal voorstellen om de interstatelijke samenwerking tussen de 'home state' en 'host' toezichthouders te versterken, onder meer door samenwerking in zogenoemde 'colleges'. Dit zijn clusters van nationale toezichthouders die bevoegd zijn voor de verschillende Europese vestigingen van één bank. Binnen het college moeten de toezichthouders afspraken maken over het te voeren beleid en over de aanpak van eventuele risico's.

Deze plannen zijn deels ingehaald door de kredietcrisis. Als gevolg van de dure staatssteun aan wankelende systeembanken, is eens te meer twijfel ontstaan over de effectiviteit van de huidige toezichtstructuur. Met name waar het risico's betreft voor de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Een onmiddellijke stap richting betere coördinatie en convergentie van toezicht was een versterking van de bevoegdheden van de niveau 3 comités in januari 2009.⁴⁹ De nieuwe herziening van de Bankenrichtlijn verplichtte vervolgens in september 2009 tot het vormen van de eerder genoemde colleges van toezichthouders.⁵⁰ In 2010 zijn voorstellen aangenomen waaruit blijkt dat de EU inzet op een sterke centralisatie van het toezicht.⁵¹ Er komen drie nieuwe Europese toezichthoudende autoriteiten, te weten de Europese Bankautoriteit, de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen en de Europese Autoriteit Effecten en Markten.⁵² Deze zullen niet alleen verantwoordelijk zijn voor coördinatie en samenwerking, maar krijgen ook bevoegdheden tot het nemen van bindende, individuele besluiten en wel op het terrein van consistente

49 Besluiten van de Europese Commissie van 23 januari 2009: 2009/77/EG, 2009/78/EG, 2009/79/EG, Pb. 2009 L 25.

50 Zie artikel 131a van Richtlijn 2009/111/EG van 16 september 2009, ingevoegd bij de herziening van de kapitaalvereistenrichtlijnen (CDR) 2006/48/EG en 2006/49/EG. De eerdere richtlijnen verplichtten tot nauwe samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten in geval van grensoverschrijdende financiële instellingen, maar zelfs schriftelijke afspraken over de coördinatie bleven optioneel (zie bijvoorbeeld artikel 131 en 132 richtlijn 2006/48/EG, Pb. 2006 L 177).

51 Persverklaring van de Raad van de Europese Unie, Brussel, 17 november 2010, 16452/10, Financial Supervision: Council adopts legal texts establishing the European Systemic Risk Board and three new supervisory authorities. Voor de teksten zoals op 22 september 2010 aangenomen door het Europese Parlement, zie item 7 tot en met 12 op: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20100922+TOC+DOC+XML+V0//EN&language=EN>>.

52 Respectievelijk COM(2009) 501, 502 en 503 def., Brussel 23 september 2009. Engelse benaming: European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), European Securities and Markets Authority (ESMA).

toepassing van het Unierecht, maatregelen in noodsituaties en schikking van conflicten tussen bevoegde autoriteiten.⁵³

De Autoriteiten krijgen echter geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid.⁵⁴ Voorstellen voor geharmoniseerde technische regelgevingnormen, die moeten leiden tot een *single rule book*, moeten worden bevestigd door de Commissie om rechtskracht te verkrijgen.

De drie toezichthoudende autoriteiten vormen de bouwstenen van het Europees Stelsel voor Financieel Toezicht, samen met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, de Commissie en het - eveneens nieuwe - Europees Comité voor systeemrisico's.

Al met al zien we hier een versnelde centralisering van het Europese toezicht, waarbij de Europese toezichthoudende autoriteiten de handelwijze van de nationale autoriteiten voor een belangrijk deel kunnen voorschrijven.

5.3 *Het patroon bij telecom*

Het toezichtbeleid van de EU op het gebied van telecom sluit het nauwst aan bij het beleid op het gebied van de energie. De liberalisering van de telecommarkt is, net als van de energiemarkt, zo'n twee decennia geleden gestart. Aanvankelijk was telecom een monopolie, meestal een staatsmonopolie. Als gevolg van technologische en economische ontwikkelingen achtte de Commissie het noodzakelijk dat een liberaliseringsbeleid werd ingezet. Een deel van het beleid was gericht op standaardisatie, integratie van verschillende technieken, en het tot stand brengen van Europese

53 Artikel 9, 10 en 11 van het Commissievoorstel COM(2009) 503 voor een verordening tot het oprichten van een *Europese Autoriteit effecten en markten*. *Considerans 9 ter van dit voorstel, zoals op 7 juli 2010 door het Europese Parlement aangenomen (eerste lezing)*, luidt: "Om haar doelstellingen te kunnen verwezenlijken, dient de Autoriteit rechtspersoonlijkheid en administratieve en financiële autonomie te bezitten. De Autoriteit moet over de nodige bevoegdheden beschikken met betrekking tot de naleving van de wetgeving, met name ten aanzien van systeem- en grensoverschrijdende risico's" (*Bazels Comité voor het banktoezicht*).

54 De oude toezichthoudende en adviserende comités van niveau 3 (CEBT, CETVB en CEER) worden dus niet omhoog getild naar het regelgevende niveau 2; regelgeving blijft het prerogatief van de Commissie. Zie: H. van Meerten, A.T. Ottow, "The proposals for the European Supervisory Authorities (ESAs): the right (legal) way forward?", *Tijdschrift voor financieel recht*, 2010 nr.1-2, p. 5-16, met name p. 14.

netwerken, een ander deel op vrije toegang tot netwerken, interconnectie en het vrijgeven van telecommunicatiediensten.⁵⁵

De Commissie zag daarna de noodzaak om de wijze van vergunningverlening door de nationale instanties aan te pakken: bij voorkeur door middel van algemene machtigingen in plaats van door individuele vergunningen.⁵⁶ De betrokken richtlijn regelde de voorwaarden voor de machtigingen, alsmede welke vergunningsvoorschriften mochten worden opgelegd. Daarnaast werd geregeld dat de nationale autoriteiten vergunningen konden intrekken en maatregelen konden nemen om naleving van de voorwaarden voor de machtiging te af te dwingen. Hier zien we dus voor het eerst bepalingen ten aanzien van handhaving verschijnen (artikel 5, derde lid en artikel 9, vierde lid, Richtlijn 97/13).

Een opmerkelijke ontwikkeling was dat er voorschriften kwamen die niet alleen betrekking hadden tot de instelling van nri's, maar ook op hun positie in het nationale staatsbestel. Daarmee werd een einde gemaakt aan de hiervoor beschreven en over het algemeen steeds gerespecteerde institutionele autonomie. In de toenmalige richtlijnen werden lidstaten namelijk, met het oog op het uitbannen van de staatsmonopolies en –invloed, verplicht tot het instellen van onafhankelijke organen, die werden belast met toezichtstaken op het gebied van (onder meer) technische specificaties en vergunningverlening. In de Machtigingsrichtlijn van 2002 werd de eis aangescherpt in die zin dat de nri's onafhankelijk moeten zijn van de politiek en van de (staats)ondernemingen in de telecom. We zien de bepaling verschijnen dat lidstaten de nri's bevoegdheid kunnen geven geldelijke sancties op te leggen bij niet-naleving van de machtigingsvoorwaarden en het verzaken van de informatieplicht.⁵⁷ In de richtlijn die daarop volgt van 2009 is het 'kunnen' vervangen door het 'moeten':

55 Deze weergave is deels ontleend aan P. Larouche, *Competition law and regulation in European telecommunications*, Hart Publishing: Oxford 2000, p. 1-35.

56 Richtlijn 97/13/EG betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, Pb. 1997 L 117.

57 Artikel 10, leden 3, 4 en 5, Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (Machtigingsrichtlijn).

lidstaten moeten de nri's de bevoegdheid geven geldelijke sancties op te leggen bij het verzaken van de informatieplicht.⁵⁸

Op verzoek van het Europees Parlement liet de Commissie onderzoek doen naar de toegevoegde waarde van een centrale Europese autoriteit (European Regulatory Authority) die zou worden belast met vergunningverlening, coördinatie van de verdeling van frequenties en beslechting van onderlinge geschillen tussen nationale regulerende instanties et cetera. Wenselijkheid, nut en noodzaak van een dergelijk instituut werden betwijfeld, te meer daar een aantal taken, zoals het formuleren van gemeenschappelijk beleid, informeel al werd uitgeoefend door netwerken van nationale autoriteiten, zoals de Independent Regulators Group.⁵⁹ De diffuse organisatiestructuur leidde tot voorstellen om te komen tot de oprichting van een Europees agentschap, om zo ten minste het gebrek aan Europese legitimatie te kunnen opvangen en een formele basis te geven aan het netwerk van regulators.⁶⁰ In 2002 werd de European Regulators Group for Electronic Communications Networks and Services (ERG) opgericht door de Commissie, een netwerk dat tot taak kreeg de Commissie te adviseren en de schakel te vormen tussen de Commissie en de nationale autoriteiten.⁶¹ De ERG is in 2010 omgezet in BEREC, het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie.⁶² In dit orgaan, dat een agentschap is, zijn alle nationale telecomautoriteiten vertegenwoordigd. Volgens de oprichtingsverordening heeft BEREC vooral adviserende taken. Een belangrijk element daarin is het ontwikkelen van 'optimale regelgevingpraktijken' en richtsnoeren voor de uitvoering van de EU-regelgeving (zie artikel 2). Hoewel er geen formele bevoegdheden zijn geformuleerd, krijgt BEREC informeel behoorlijke invloed op de besluitvorming van nationale autoriteiten.

58 Zie de wijziging die deze richtlijn aanbrengt in artikel 10 van de Machtigingsrichtlijn. Richtlijn 2009/140/EG tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

59 Larouche, p. 413-425.

60 Larouche pleit daarvoor, zie p. 421, en de daar vermelde literatuur.

61 Besluit 2002/627/EG van 29 juli 2002 tot oprichting van de Europese Groep van regelgevende instanties voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb L 200.

62 Verordening 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau, Pb. L 337.

Dit komt omdat een belangrijke rol voor BEREC zal zijn weggelegd bij de besluitvorming op grond van artikel 7 Kaderrichtlijn.⁶³ In dat artikel is een vetorecht voor de Commissie opgenomen, tegen bepaalde beslissingen van nationale autoriteiten op het gebied van de marktanalyse, de markttoegang en het opleggen van verplichtingen bij aanmerkelijke marktmacht. BEREC moet de Commissie adviseren over de verenigbaarheid van de nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht. Doordat de advisering in handen van BEREC wordt gelegd, verschuift het zwaartepunt van het toezicht in zijn richting. Deze verschuiving wordt zichtbaar in de herziene Kaderrichtlijn: de lidstaten moeten de rol van BEREC actief ondersteunen en 'zeer zorgvuldig' rekening houden met de door BEREC gegeven adviezen (artikel 3 ter en quater richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140).

Artikel 7 heeft ook, los van BEREC, tot effect dat de aansturing vanuit Brussel is versterkt. Op de verschillende terreinen van besluitvorming, op grond van de Kaderrichtlijn en de specifieke telecomrichtlijnen, houdt Brussel sinds 2002 de touwtjes in handen.⁶⁴ Officieel betreft het een samenwerkings- of coördinatieprocedure, waarbij zowel de Commissie als de nationale autoriteiten belangrijke invloed kunnen uitoefenen op de nationale besluitvorming op de genoemde terreinen.⁶⁵ Dit was een next best-oplossing, toen bleek dat de door de Commissie, gewenste systematiek van centraal toezicht op de spelers in de markt door een European Regulatory Agency, op verzet stuitte. En ook het daarop volgende voorstel van preventief toezicht door de Commissie op nationale toezichtbesluiten werd afgeschoten. Uiteindelijk bleef de coördinatieprocedure over, waarin de Commissie bepaalde typen van besluiten kan vetoën.⁶⁶ Dit toont aan dat de Commissie hier iets te hard van stapel liep, maar het geeft ook aan wat de Commissie voor ogen staat: een centralisatie van het telecomtoezicht. Met

63 Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), Pb. 2002 L 108/33, zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG, Pb. 2009 L 337/37.

64 Larouche, p. 180-196.

65 Zie hierover P. Larouche en S. Lavrijssen, EG-regulering van elektronische communicatie, SEW (7/8)2002, p. 258-268.

66 Zie voor een beschrijving van deze gang van zaken dissertatie A.T. Ottow, Telecommunicatietoezicht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 171-173 en A.T. Ottow, Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, preadvies VAR Vereniging voor Bestuursrecht, In: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow, Toezicht op markten, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003.

de wijzigingen in de Kaderrichtlijn is dit duidelijker geworden: in het nieuwe artikel 7bis heet het dat de Commissie, BEREC en de nationale autoriteiten 'nauw samenwerken' in die gevallen waarin de Commissie het niet eens is met een ontwerpbesluit. De Commissie kan uiteindelijk een aanbeveling doen om het ontwerpbesluit te wijzigen of in te trekken. Dit is de facto een vetorecht.

De Kaderrichtlijn is de nationale autoriteiten ook gaan inkapselen wat betreft de sanctieoplegging. Oorspronkelijk werd daarover niets vermeld in de richtlijnen, de algemene uitgangspunten, zoals hiervoor uiteen gezet, golden hier. In de gewijzigde Kaderrichtlijn is in artikel 9, zevende lid, opgenomen dat lidstaten het hamsteren van spectrum (het niet gebruiken van toegewezen frequenties) kunnen bestrijden door sancties toe te passen. De richtlijn stelt vervolgens dat het kan gaan om boetes en de intrekking van het gebruiksrecht. Deze sancties moeten op evenredige, niet-discriminerende en transparante wijze worden opgesteld en toegepast. Daaraan is in artikel 21bis toegevoegd dat lidstaten sancties vaststellen voor overtreding van nationale uitvoeringswetgeving en dat zij alle maatregelen treffen om te zorgen dat zij worden toegepast. Hieruit volgt een verplichting om op te treden tegen overtredingen en ook om sancties op te leggen. Daarnaast is in de gewijzigde Kaderrichtlijn nog een bepaling opgenomen over toezichtbevoegdheden: de lidstaten moeten zorgen dat de nationale autoriteiten alle nodige bevoegdheden hebben om gevallen van niet-naleving te onderzoeken (artikel 13 ter).

6. Het patroon van de Europese aanpak: vijf fasen

Deze survey van de ontwikkelingen is verre van compleet. Maar zelfs op basis van een beperkte studie ervan, kunnen we concluderen dat de greep van Europa op het nationale toezicht in de besproken sectoren veel sterker is geworden in vijftien jaar tijd. Als deze trend zich voortzet, zijn we niet ver af van een volledige Europeanisering van het toezicht op vele beleidsterreinen. Het patroon dat de EU daarbij hanteert, valt uiteen in vijf fasen: 1) de formulering van nieuw beleid, 2) het beïnvloeden van de nationale toezichthouders, 3) het stellen van eisen aan toezicht en sanctionering, 4) het overhevelen van nationale bevoegdheden naar Europees niveau, en als laatste 5) de fase van 'de verlengde arm'. Het ligt in de rede dat dit patroon

bij het energiebeleid eveneens wordt toegepast. Voordat we deze hypothese testen, licht ik hieronder toe wat ik onder de vijf fasen versta.

6.1 Fase 1: eerste stappen op een nieuw beleidsterrein

In zo'n eerste fase van beleidsvorming, zijn de beperkingen van het beleid van lidstaten beperkt. De lidstaten moeten de vier vrijheden respecteren. De EU neemt, een qua reikwijdte redelijk beperkte, richtlijn aan. De lidstaten moeten uitvoering geven aan de, over het algemeen, minimale verplichtingen die daaruit voortvloeien. De nationale handhavinginspanningen zijn gericht op het respecteren van de vier vrijheden en van de rechten en plichten uit de richtlijn. De lidstaten genieten daarbij de hiervoor omschreven institutionele en procedurele autonomie. Het uitgangspunt is de vrijheid van de lidstaten om, op eigen wijze, de door de richtlijn voorgeschreven resultaten te bereiken.

6.2 Fase 2: het inkapselen van het nationale toezicht

Juist omdat in de eerste fase de vrijheid van de lidstaten voorop staat, kan de Europese Commissie weinig richting geven aan het uitvoeringsproces. Het Griekse voorbeeld laat zien dat lidstaten niet altijd de opportuniteit inzien van de uitvoering en handhaving van het gemeenschapsrecht. Dat is dan ook de reden dat de Europese Commissie gaat zinnen op mogelijkheden om de toezicht- en handhavinginspanningen van lidstaten op bepaalde terreinen te beïnvloeden, in eerste instantie met lichte beleidsvormen. De hoofdtoon daarbij is dat de nationale autoriteiten moeten worden overtuigd van de noodzaak tot uitvoering en handhaving. Dit gebeurt door het aanhalen van de contacten met Brussel. Het betrokken Directoraat-Generaal (DG) laat zich zien en spreekt op congressen en bijeenkomsten. Verder zet de Commissie in op interstatelijke contacten. Het vormen van informele netwerken wordt financieel ondersteund en het uitwisselen van nationale praktijkervaringen gestimuleerd (IMPEL, DASEC, ERG). Een tijdje later wisselt men niet alleen ervaringen, maar ook *best practices* uit en worden deze op papier gezet (minimumcriteria milieuinspecties). Lidstaten moeten de Commissie informatie geven over de uitvoering en de handhaving, zoals jaarverslagen. Aan de hand van alle ter beschikking gekomen informatie formuleert de Commissie weer scherpere eisen et cetera. Fase 2 kan dan ook het best worden gekwalificeerd als de fase van het inkapselen van de nationale uitvoering en handhaving.

6.3 Fase 3: eisen aan controle en toezicht

Na verloop van tijd blijkt vervolgens dat de lidstaten toch minder hard lopen dan de Commissie wenselijk vindt. De beleidsdoelen worden niet, of te laat bereikt en het *level playing field* komt in gevaar. Dan acht de Commissie de tijd rijp voor meer directieve maatregelen. Over het algemeen bestaan die daarin dat in richtlijnen aan de lidstaten wordt opgedragen een bepaalde mate van inspanning te leveren, die regelmatig in percentages wordt uitgedrukt. Zoals bij de controle op subsidies en op de naleving van milieuregels. De beste practices van de netwerken worden opgenomen in Europese regelgeving (milieu-inspecties). De netwerken zelf worden meer en meer gefaciliteerd door de Commissie.

Daarnaast schrijven de richtlijnen ook voor welke bestuurlijke sancties de lidstaten voor het niet naleven van de EU-regels moeten opleggen. Gecompleteerd met een aanduiding van de ernst van bepaalde soorten niet naleven en de zwaarte van de bijbehorende sanctie. Ook door het stellen van minima en maxima wil men de handhaving helemaal gelijk trekken. Dit zien we op alle besproken beleidsterreinen.

Naast deze maatregelen snoert de Commissie de lidstaten verder in door de oprichting van netwerken, agentschappen of comités van verplicht samenwerkende nationale autoriteiten (Lamfalussy, ERG, BEREC). Deze hebben, afhankelijk van het beleidsveld, verschillende taken en functies (informatie-uitwisseling, formuleren van toezichtbeleid, coördinatie van grensoverschrijdende kwesties). Ze hebben gemeen dat zij fungeren als *go between* tussen de Commissie en de lidstaten. Zij monitoren het veld en signaleren waar knelpunten zitten. Ze bieden de lidstaten hulp bij het uitvoeren van hun taken en bij grensoverschrijdende kwesties. En ze doen soms voorstellen voor een bepaalde EU-brede aanpak die ze, bij wijze van advies, aan de Commissie voorleggen. De facto wordt hiermee een nieuwe toezichtslaag op EU-niveau geïntroduceerd.

6.4 Fase 4: overheveling bevoegdheden naar EU-niveau

In deze fase worden de institutionele en de procedurele autonomie van de lidstaten beperkt en wordt precies voorgeschreven hoe het toezicht en de handhaving georganiseerd moeten worden. In sommige gevallen wordt zelfs bepaald dat lidstaten niet mogen volstaan met een bestuursrechtelijke sanctie, en dat zij bepaalde vergrijpen strafrechtelijk moeten vervolgen

(milieu). Als de Commissie niet tevreden is over de uitoefening van bevoegdheden op nationaal niveau, worden ze naar Europees niveau overgeheveld. De netwerken van toezichthouders worden veelal opgenomen in een grote raad van toezichthouders op EU niveau (toezichthoudende autoriteiten in het financieel toezicht). De rol van de agentschappen wordt sterker. Zij krijgen geschilbeslechtende bevoegdheden bij grensoverschrijdende kwesties. En hun taak van monitoren van de uitvoering wordt versterkt: zij stellen standaarden of ontwerp op regelgeving, die enkel door de Commissie behoeft te worden bekrachtigd (BEREC). Op bepaalde beleidsterreinen kan de regulering worden overgeheveld naar de comitologie-procedure, zoals in de Lamfalussy-structuur.⁶⁷

6.5 Fase 5: de verlengde arm

De beschrijving van deze fase berust op een verwachting, niet op waargenomen ontwikkelingen. Maar als we de vier fasen doortrekken dan ligt het in de rede dat fase 5 op een bepaald moment ook aanbreekt. Deze veronderstelling berust op het volgende.

In fase 4 zien we een sterke centralisatie van taken op het EU-niveau. Het spreekt vanzelf dat daarbij een groot Brussels apparaat hoort. In de toekomst zal blijken dat de kosten om zo'n apparaat in stand te houden te hoog zijn. Bovendien wordt de afstand tot de werkvloer in de lidstaten te groot. Een logische vervolgstap is dat de EU de gecentraliseerde taken weer terug gaat geven aan de lidstaten. De nationale toezichthouders zijn geen nationale toezichthouder meer, maar de verlengde arm van de Commissie. Zij voeren het beleid uit op de wijze die door Brussel wordt aangegeven. Deze fase is niet in alle cases, die in deze bijdrage worden besproken aan de orde, maar wat er zou kunnen gebeuren zien we op het terrein van de landbouwsteun (fraudebestrijding). Het keurslijf van de Europese regels is zeer strak, het metatoezicht op de uitvoerende organen is streng. Bij de landbouwsteun vormt de mogelijkheid om te weigeren onrechtmatig uitbetaalde steun uit het Landbouwfonds te betalen, een belangrijke stok achter de deur.⁶⁸ Een parallel kan worden getrokken met het mededingingsbeleid,

67 W. T. Eijsbouts, J.H. Jans en F.O.W. Vogelaar, Europees recht, Algemeen deel, sinds het verdrag van Lissabon, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 355.

68 Zie mijn effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 143-168.

dat vanouds al veel meer gecentraliseerd was. In de afgelopen tien jaar is de Europese Commissie steeds meer gaan overlaten aan de nationale mededingingsautoriteiten en probeert Brussel de eigen taken te beperken tot grote grensoverschrijdende zaken en het geven van guidance aan de nationale autoriteiten. Alles moet echter binnen de kaders blijven die Brussel heeft vastgesteld.⁶⁹

7. Toezicht op de energiemarkt

De fasering in de centralisering van het toezicht valt ook op de energiemarkt waar te nemen. Deze heeft zich zelfs versneld ontwikkeld. De vraag is echter of een van de belangrijkste doelstellingen van het energiebeleid, de bescherming van de positie van de consument, daarmee beter wordt bereikt. Laten we daarom eerst bekijken hoe het patroon van het toezicht zich hier heeft ontwikkeld en vervolgens wat dit betekent voor het toezicht in het belang van de consument.

7.1 Fase 1

De EU is voortgekomen uit, onder meer, de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal. Bij de zorg om grondstoffen voor de energieproductie, zoals kolen, is in de loop der jaren de zorg voor duurzaamheid, betaalbaarheid en betrouwbaarheid van de energievoorziening gekomen. Onder andere daarom, is de energievoorziening in de jaren negentig door de EU in het vizier genomen.⁷⁰ Tot dan toe was het energiebeleid een zaak van de lidstaten en golden enkel de algemene beperkingen van het Europese recht: geen ongerechtvaardigde belemmeringen van het vrij verkeer van goederen en diensten. Ook deze verdragsregels hebben ertoe geleid dat de toenmalige EG zich met de energiemarkt is gaan bemoeien. In veel lidstaten was de energievoorziening een (staats)monopolie, hetgeen invloed had op de mededinging en de prijsvorming. In een richtlijn uit 1990, werd als richtdatum voor de totstandbrenging van de interne markt op het gebied van

69 S.A.C.M. Lavrijssen- Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichtshouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, diss. 2006, : Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006 zie verder: S.A.C.M. Lavrijssen, *What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?* 2010, nog ongepubliceerd artikel te vinden op <http://www.verenigingmededingingsrecht.nl/files/presentations/128/Paper_S.A.M.C._Lavrijssen.pdf>.

70 Zie de conclusies van de Europese Raad op Rhodos, Bull. EG 12-1988.

elektriciteit, 31 december 1992 genoemd. Deze richtlijn betrof de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten.⁷¹

7.2 *Fase 2 en 3*

De start van de liberalisering van de energiemarkten ligt (net als bij telecom) midden jaren negentig. Het Tweede Energiepakket dat in 2003 werd ingevoerd richtte zich nog meer op harmonisatie van de structuur van de energiemarkten en versterkte de ex ante regulering door de lidstaten.

In eerste instantie stelde de toenmalige EG geen andere eisen aan het toezicht dan de gebruikelijke (zie hiervoor). Met het streven naar liberalisering ontstond ook de noodzaak om deze liberalisering te begeleiden en erop toe te zien dat lidstaten niet zouden vasthouden aan monopolies. In de Tweede Elektriciteitsrichtlijn is daarom opgenomen dat lidstaten nri's instellen. Deze instanties, in Nederland de Energiekamer namens de NMa, aan te wijzen door de lidstaat zelf, zijn met verschillende toezichtstaken belast.

De Tweede Elektriciteitsrichtlijn uit 2003 is gericht op de verbetering van de werking van de markt, waaronder het zorgen voor gelijke concurrentievoorwaarden, op het niveau van de elektriciteitsproductie, en het beperken van het risico van marktdominantie en marktondermijnd gedrag, in het bijzonder voor niet-discriminerende transmissie- en distributietarieven.⁷² De nri dient te werken aan de totstandbrenging van homogenere voorwaarden en een gelijke mate van keuzevrijheid op de hele interne markt en moet de regelgeving hieromtrent uitvoeren.⁷³ Hoewel de lidstaten, op grond van de procedurele autonomie, de taken en de bevoegdheden van de regelgevende instanties specificeren, dienen zij te zorgen dat de nri's minimum bevoegdheden toebedeeld krijgen. Deze hebben betrekking op de vaststelling en/of goedkeuring van de transport- en distributietarieven. Bovendien dienen de nationale regelgevende instanties een actieve rol te spelen om te garanderen dat de balanceringsstarieven niet-discriminerend zijn en een correcte weerspiegeling van de kosten vormen.⁷⁴

71 Richtlijn 90/547/EEG betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten, Pb. 1990 L 313.

72 Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, Pb L 176, (Tweede Elektriciteitsrichtlijn) Considerans punt 1.

73 Considerans punten 14 en 15, Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

74 Considerans punten 17 en 18, Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

De richtlijn bepaalt niet bijzonder veel over sanctiebevoegdheden, enkel dat lidstaten passende bestuurs- of strafrechtelijke maatregelen moeten nemen als de vertrouwelijkheidverplichtingen uit de richtlijn niet in acht zijn genomen (artikel 23, negende lid, Tweede Elektriciteitsrichtlijn).

Ten tijde van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn stelt de Commissie ook een samenwerkingsorgaan in, waarin de nri's hun beleid op elkaar moeten afstemmen.⁷⁵ Deze Europese Groep van Regelgevende instanties voor Elektriciteit en Gas (EGREG), vormt een netwerk van vertegenwoordigers van de nri's en moet gezamenlijk de consistente toepassing van de Europese regels bevorderen. EGREG speelt een belangrijke rol als het gaat om beleidsvoorbereiding. EGREG doet bij voorbeeld onderzoek naar de wijze waarop de Europese regelgeving in de lidstaten wordt toegepast, identificeert knelpunten en doet voorstellen om deze aan te pakken.⁷⁶ Naast EGREG is er een vereniging van nri's, de Council of European Energy Regulators (CEER). Deze is in 2000 opgericht, met het oog op de dialoog onderling en met de Commissie.⁷⁷ Daarin werken zij vrijwillig samen om, zoals hun website vermeldt, de rechten van consumenten te beschermen en het ontstaan van een interne en duurzame energiemarkt te bevorderen. Binnen CEER worden de adviezen en besluiten van ERGEG voorbereid. CEER is op haar beurt een bevestiging van de informele samenwerking die sinds 1996 in de Florence en Madrid Forums bestaat. Deze Forums zijn op initiatief van de Commissie opgericht, in eerste instantie om de ervaringen met de Eerste Elektriciteitsrichtlijn (96/92/EG) te delen.⁷⁸ Bij de Forums zijn alle partijen in de energiesector betrokken, overheid en bedrijven. In de praktijk fungeren ze vooral als ontmoetingspunt en ter voorbereiding van richtsnoeren en nieuw beleid.

75 Zie het Besluit 2003/796/EG van de Commissie tot oprichting van de Europese groep van regelgevende instanties voor elektriciteit en gas, Pb. 2003 L 296/34.

76 Zie bijvoorbeeld: ERGEG, Compliance with Regulation 1228/2003 and Congestion Management Guidelines – Criteria for Compliance, Ref: E07-EFG-25-03, 10 December 2007. Dit document is te vinden op <http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_ERGEG_PAPERS/Electricity/2007/E07-EFG-25-03_CriteriaForCompliance_10-Dec-2007.pdf>.

77 Zie Leigh Hancher en Adrienne de Hautecloque, Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice, EUI Working Papers, RSCAS 2010/01.

78 Zie de notulen van de eerste meeting in 1998 op: <http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_electricity_florence_en.htm>.

7.3 Fase 4

Uit een onderzoek in 2007 bleek dat er toch nog grote verschillen bleven bestaan tussen de lidstaten.⁷⁹ In de nieuwe Elektriciteitsrichtlijn van 2009 wordt gesteld dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de nri's van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun beslissingsmacht. De EU zet daarom in op verdere harmonisering van de bevoegdheden en een grote onafhankelijkheid van de nationale energieregulators.⁸⁰

In het Derde Energiepakket is daarom gekozen voor het stellen van eisen aan de nationale regulerende instanties en aan hun bevoegdheden. Ten opzichte van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn zijn de eisen die de EU stelt aan het bevoegdhedenpakket van de nri's veel verdergaand. In artikel 37, vierde lid van de Derde Elektriciteitsrichtlijn is opgenomen dat zij bindende besluiten en maatregelen voor elektriciteitsbedrijven moeten kunnen nemen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen. Verder moeten zij bij elektriciteitsbedrijven informatie kunnen opvragen, zoals informatie over het weigeren om een derde partij toegang te geven en informatie over maatregelen die nodig zijn om het netwerk te versterken (zie ook artikel 40, Bijhouden van gegevens).

Verder dienen de nri's de bevoegdheid te krijgen tot het opleggen, of door een rechter doen opleggen, van effectieve, evenredige en afschrikkende sancties aan elektriciteitsbedrijven die hun verplichtingen niet naleven. Ook de aard van bepaalde sancties is al vooraf bepaald: de nri's moeten aan de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf, naargelang het geval, sancties van maximaal 10% van de jaaromzet (van de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf) kunnen opleggen (of doen opleggen).⁸¹ Daarnaast eist de richtlijn de benodigde onderzoeksbevoegdheden met het oog op de reeds bestaande taak tot geschillenbeslechting.⁸²

De Commissie beschouwde de werkzaamheden van ERGEG als een positieve bijdrage voor de goede werking van de interne markt voor

79 DG Competition, Report on Energy Sector Inquiry, SEC (2006) 1724 fin.

80 Considerans punt 33, Derde Elektriciteitsrichtlijn.

81 Artikel 37, lid 4, sub d, Derde Elektriciteitsrichtlijn.

82 Artikel 37, lid 4, sub e, Derde Elektriciteitsrichtlijn.

elektriciteit en gas, maar zocht naar een versterking op het gebied van de coördinatie. Aanvankelijk koos de Commissie ervoor om de rol van ERGEG zelf te versterken door dit orgaan in bepaalde gevallen beslissingsbevoegdheden te geven.⁸³ Bij de voorbereiding van het Derde Energiepakket kwam zij tot de conclusie dat er een communautaire structuur met duidelijke bevoegdheden zou moeten komen.⁸⁴ Dat leidde tot de oprichting van ACER, een onafhankelijk samenwerkingsmechanisme voor nationale regulerende instanties. Het Agentschap, een communautair orgaan met rechtspersoonlijkheid, heeft als doel de nationale regulerende instanties bij te staan bij het uitoefenen van de toebedeelde reguleringsstaken en coördineert zo nodig hun optreden.⁸⁵ ACER is op een vergelijkbare wijze als BERC georganiseerd.⁸⁶

In de Derde Elektriciteitsrichtlijn is aangegeven wat van de nri's ten aanzien van ACER wordt verwacht (zie in het bijzonder artikel 38). De plichten tot onderlinge samenwerking worden versterkt en op de nri's rust de plicht om ACER van alle benodigde informatie te voorzien. De nri's kunnen het nemen van bepaalde besluiten, ten aanzien van grensoverschrijdende aanvragen, aan ACER delegeren wanneer zij er samen niet uit komen.⁸⁷ Deze beslissing is, net als bij de telecomsector, onderworpen aan een vetorecht van de Commissie. Daarnaast wordt aan ACER ook tweedelijsttoezicht opgedragen: in artikel 39, eerst lid, van de richtlijn is bepaald dat elke regulerende instantie en de Commissie het Agentschap kunnen verzoeken na te gaan of een, door een regulerende instantie genomen, besluit strookt met de vastgestelde richtsnoeren.

83 Vooruitzichten voor de interne gas- en elektriciteitsmarkt, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, COM(2006) 841 def., p. 14-15.

84 In de toelichting bij het oorspronkelijk wetsvoorstel staat dan ook: "De Commissie is daarom tot de conclusie gekomen dat, als al een onafhankelijk orgaan moet worden opgericht dat voorstellen kan indienen bij de Commissie die wezenlijke beslissingen inhouden en dat individuele regelgevingbesluiten kan nemen die bindend zijn voor derden betreffende specifieke technische kwesties die aan dit orgaan worden toevertrouwd, de enige oplossing de oprichting van een Agentschap is." Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energiereguleerders, COM(2007) 530 def., p. 12.

85 Verordening 713/2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energiereguleerders, Pb. 2009 L 211.

86 Verordening 713/2009. Zie uitgebreid over ACER: Leigh Hancher en Adrienne de Hautecloque, *Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice*, EUI Working Papers, RSCAS 2010/01.

87 Artikel 17, lid 5, Verordening 714/2009.

Bij het energiebeleid zien we aldus dat de centraliserende tendens die hiervoor werd beschreven zich versneld voordoet.

8. Toezicht en bescherming van de consument

Als we nu terug gaan naar de Derde Elektriciteitsrichtlijn en het takenpakket voor de nri's met betrekking tot de consument, dan valt een aantal dingen op.

Het takenpakket is groot en inhoudelijk uiteenlopend. Aan één orgaan zijn zoveel verschillende taken opgedragen, dat het niet goed mogelijk lijkt om deze allemaal evenveel aandacht te geven. Kort samengevat, is de nri alles ineen: regelgever, beleidsbepaler, toetser van tarieven, toezichthouder (naleving), mededingingsautoriteit, kwaliteitscontroleur, en (in verband met de handel in energiederivaten) beurswaakhond. Bovendien moet hij consumentenautoriteit zijn. In dat kader moet hij alle aspecten van de bescherming van de energieconsument die aan het begin van dit artikel zijn genoemd bestieren: keuzevrijheid, betaalbaarheid, transparante prijsvorming, betrouwbaarheid van de levering, eerlijke handelspraktijken, beperking van de administratieve rompslomp, bescherming van de sociaal kwetsbare consument et cetera. Vanwege die diversiteit kunnen we beter spreken van marktmeester dan van nri's of toezichthouder, welke termen toch een beperkte reikwijdte veronderstellen.⁸⁸

Het zijn zozeer verschillende taken dat het doet denken aan een Chinese dierenencyclopedie. Deze wordt beschreven in het voorwoord van *Les mots et les choses* van Michel Foucault.⁸⁹ In dit werk uit 1966 beschrijft hij een wijze van categoriseren van dieren, waarbij ongelijksoortige en absurde

88 A.T. Ottow, De markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht, Inaugurele rede 18 september 2008, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009.

89 Zie de inleiding van *Les mots et les choses*. Une archéologie des sciences humaines, Gallimard: Paris 1966.

indelingen worden gebruikt.⁹⁰ Met andere woorden: er worden zaken samengebracht die ongelijksoortig zijn en onderling weinig samenhang vertonen, net als bij de taken van de marktmeester. Dit vergt een grote spankracht en flexibiliteit van de marktmeester, die werkelijk van alle markten thuis moet zijn.

Het kan niet anders dan dat een zo uiteenlopend toezichtpakket leidt tot het weglekken van aandacht voor de consument. De liberalisering als zodanig, met alle aspecten die daarbij komen kijken, zoals het afbreken van grote marktposities en het scheiden van netbeheer en energieproductie, vergt al zoveel aandacht en inspanning dat het moeilijk denkbaar is dat het consumentenbeleid voorrang krijgt. Dit komt door de complexiteit van het terrein en doordat de bescherming van de consument geen natuurlijk onderdeel uitmaakt van het energiebeleid. Dat is gericht op de energie-maatschappijen, de netbeheerders et cetera. De bescherming van de consument is van oudsher meer de verantwoordelijkheid van consumentenorganisaties, de civiele rechter en (recent) de Consumentenautoriteit (zie ook hiervoor onder paragraaf 2). Zij hebben echter op grond van het Derde pakket niet het voortouw.

Dit betekent dat de bescherming van de consument minder goed of minder snel wordt opgepakt dan de Europese Commissie wil. En we hebben hiervoor gezien wat dat betekent: een versnelde centralisatie van het toezicht. De Commissie gaat zich innestelen in het toezicht en wordt zo medetoezichthouder in plaats van metatoezichthouder.

Een tweede punt hierbij is dat door de toenemende Europese invloed, de verdeling van de taken en bevoegdheden tussen de nationale toezichthouders onderling en de Europese spelers op het gebied van het toezicht diffuus wordt. Dat zagen we, met name, bij het financieel toezicht en de telecom: coördinatieprocedures worden nodig. Bij het energiebeleid

90 De categorieën zijn: dieren die de Keizer toebehoren, gebalsemde, tamme, speenvarkens, sirenen, fabeldieren, loslopende honden, die in deze indeling voorkomen, die in het rond slaan als gekken, ontelbare, die met een fijn, kameelharen penseeltje getekend zijn, et cetera, die juist een kruik gebroken hebben, die uit de verte op vliegen lijken. Deze indeling is ontleend aan Franz Kuhn, die volgens Jorge Luis Borges melding maakte van een Chinese encyclopedie, getiteld *Emporio celestial de conocimientos benévolos* (Celestial Empire of benevolent Knowledge). Zie het stuk van Borges 'El idioma anal'ítico de John Wilkins', in: *Otras inquisiciones* 1937-1952, 1952.

hebben we ERGEG en ACER. Met de komst van de laatste is er een laag bijgekomen. ACER moet coördineren en zo nodig een knoop doorhakken. De kans bestaat dat taken en bevoegdheden doorschuiven naar de Europese Unie, zeker als dat de marktmeesters goed uitkomt. Zij kunnen zich dan immers bij ingrijpende beslissingen verschuilen achter de nieuwe toezichtlaag. Maar komt dat niet goed uit, dan zal er veel werk gaan zitten in het opkomen voor het belang van Nederland in Europees verband. Dit, en het werk in EGREG en de twee Forums zullen veel aandacht vragen van onze marktmeester. Hij zal veel, in Europees verband, aan het overleggen en afstemmen zijn en minder tijd hebben om op de energiecontracten etc. van de consument te letten.

Wat is dan de oplossing? Hoe kunnen de belangen van de consument toch in het centrum van de aandacht van onze eigen marktmeester blijven? In dit stadium is nog niet helemaal duidelijk hoe het zal gaan, dus een pasklare oplossing valt niet te geven. Wat in ieder geval nodig is, is dat we beter weten wat we willen met de consument. Wat is zijn positie, wat moet hij kunnen, doen of weten? Een verduidelijking van het profiel van de consument zou kunnen helpen. Dat maakt dat meer gericht kan worden, bezien wat nodig is om zijn positie te versterken en waarop het toezicht zich zou moeten richten. Daarvoor zijn ook actieve consumenten nodig, die meepraten bij de beleidsbepaling, die een vuist maken tegen ongewenste praktijken en die laten merken wat hun belang is. Het kan nodig zijn dat er een differentiatie wordt gemaakt in verschillende typen consumenten. Deze verschillende typen zouden dan op verschillende manieren kunnen deelnemen aan het debat over de bescherming van hun belangen. Dit levert voor de marktmeester veel informatie op, met behulp waarvan het toezicht meer op maat kan worden gemaakt.

Daarbij zou de marktmeester ook eens moeten nadenken over de manier waarop wordt aangesloten bij het algemene consumentenrecht, waarin toch al vele jaren ervaring is opgedaan met het ontwikkelen en afdwingen van consumentenrechten. Daarbij zou zelfs kunnen worden gedacht aan het uitbesteden van het consumententoezicht aan de Consumentenautoriteit. Weliswaar eist de Derde Elektriciteitsrichtlijn dat alle taken aan één nri worden opgedragen, maar een mandaats- of delegatieconstructie doorkruist die regel niet. Wanneer dat deel van de toezichtstaak, onder waarborging dat alle richtlijnverplichtingen kunnen worden nageleefd, wordt onderge-

bracht bij een zo gespecialiseerde toezichthouder, is verzekerd dat het consumentenbelang voldoende aandacht krijgt. En daarmee kan ook worden voorkomen dat dit deel van het toezicht nog verder wordt gecentraliseerd.