



Mededinging & bestuursrecht

De staats- en bestuursrechtelijke positionering van de Dienst uitvoering en toezicht Energie; tweevoudige deconcentratie

mr I.M. Schong

Sinds 1 augustus 1998 is de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) als toezichthouder actief op de elektriciteitsmarkt en, sinds 10 augustus 2000, op de gasmarkt. De taken en bevoegdheden van de DTe vloeien voort uit de Elektriciteitswet 1998¹ en de Gaswet², die de elektriciteitsrichtlijn³, respectievelijk de gasrichtlijn⁴ implementeren. De bedoeling van beide richtlijnen is het tot stand brengen van één interne Europese markt voor elektriciteit en gas, waar iedere afnemer keuzevrijheid heeft van leverancier, hetgeen uiteindelijk moet leiden tot lagere prijzen en een betere concurrentiepositie van de Europese industrie. In deze bijdrage zullen enkele aspecten met betrekking tot de positie van de (directeur) DTe ten opzichte van de (d-g) NMa en de minister van Economische Zaken nader worden bekeken. Daarbij valt op dat vanuit staatsrechtelijk oogpunt sprake is van 'tweevoudige deconcentratie', waarbij enerzijds de directeur DTe als gedeconcentreerd bestuursorgaan is geplaatst onder een ander gedeconcentreerd bestuursorgaan, te weten de d-g NMa, en anderzijds de minister, vanwege haar politieke verantwoordelijkheid, een bepaalde zeggenschap heeft over beide gedeconcentreerde bestuursorganen in de vorm van een aanwijzingsbevoegdheid. Bekeken zal worden welke problemen dit met zich meebrengt. Bestuursrechtelijk gezien levert de toepassing van het begrippenkader rond attributie en mandaat de nodige

mw. mr I.M. Schong is vanaf 1 januari 2001 werkzaam bij Houthoff Buruma. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was zij werkzaam als juridisch medewerker bij de Dienst uitvoering en toezicht Energie.

problemen op voor alle betrokken bestuursorganen, hetgeen aan een korte studie zal worden onderworpen.

Verhouding tot de NMa

De plaats van de DTe in het 'toezichthoudersland' is een bijzondere: de DTe maakt als kamer onderdeel uit van de NMa. In de Nota naar aanleiding van het verslag (Elektriciteitswet 1998) wordt deze keuze als volgt onderbouwd:

*'De keuze om de DTe als kamer binnen de NMa onder te brengen is ingegeven door het belang van een consistent mededingingsbeleid. Het toezicht op grond van sectorspecifieke wetgeving dient voldoende afgestemd te zijn met het toezicht op grond van de Mededingingswet. De organisatie van de DTe als kamer waarborgt een eenduidig mededingingstoezicht. Met de kamer-modaliteit wordt uitwerking gegeven aan het standpunt van het vorige kabinet over het MDW-rapport "Zicht op toezicht".'*⁵

- 1 Wet van 2 juli 1998, Stb. 1998, 427, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 3 juni 1999, Stb. 1999, 260 en wet van 10 augustus 2000, Stb. 2000, 305.
- 2 Wet van 10 augustus 2000, Stb. 2000, nr. 305, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas.
- 3 Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, Pb. EG 1997, L 27/20.
- 4 Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, Pb. EG 1998, L 204/1.
- 5 NV II, Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 7, p. 20.

Met het rapport 'Zicht op toezicht'⁶ werd een nieuwe richting ingeslagen door welbewuster na te denken over de positie van sectorspecifieke toezichthouders ten opzichte van het algemene mededingingstoezicht door de NMa. Uitgangspunt is het voorkomen dat het toezicht versnipperd raakt over verschillende toezichthouders en dat er inconsistenties sluipen in de toepassing van mededingingsbegrippen. In artikel 8 van de Elektriciteitswet 1998 is daarom bepaald dat de directeur-generaal van de NMa algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven met betrekking tot de uitoefening van de in de Elektriciteitswet 1998 aan de directeur DTe toegekende taken en bevoegdheden waarbij naar het oordeel van de directeur-generaal uitleg kan of moet worden gegeven aan begrippen die worden gehanteerd bij de toepassing van de Mededingingswet.

In de Elektriciteitswet 1998 worden de taken en bevoegdheden rechtstreeks aan de directeur DTe geattribueerd. De directeur DTe is hier het bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In principe bestaat tussen de directeur DTe en de d-g NMa daarom een nevenschiktelijke relatie. Artikel 8 van de Elektriciteitswet 1998 wijzigt deze relatie in een hiërarchische relatie door te bepalen dat de d-g NMa algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven aan de directeur DTe met betrekking tot bevoegdheden waarbij uitleg wordt gegeven aan mededingingsbegrippen.

In de Gaswet worden de taken en bevoegdheden niet rechtstreeks aan de directeur DTe geattribueerd, maar aan de d-g NMa.⁷ Artikel 60 van de Gaswet bepaalt vervolgens dat de d-g NMa de directeur DTe opdraagt werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de uitvoering van de Gaswet, met uitzondering van werkzaamheden die rechtstreeks verband houden met de geschillenbeslechting.⁸ Dit is inmiddels bij mandaatbesluit van 16 augustus 2000 gebeurd.⁹ In de Gaswet zelf ontbreekt een aanwijzingsbevoegdheid van de d-g NMa, maar dit wil niet zeggen dat de d-g NMa geen aanwijzingen kan geven aan de directeur DTe. De werkzaamheden die de directeur DTe op basis van de Gaswet verricht, zijn door de d-g NMa aan de directeur DTe gemandateerd. Dit betekent dat de d-g NMa als het mandaatgevend bestuursorgaan verantwoordelijk blijft voor de bevoegdheidsuitoefening: een door de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid genomen besluit geldt als een besluit van de mandaatgever, aldus artikel 10:2 Awb. Daarom kan de mandaatgever onder andere de gemandateerde per geval of in het algemeen instructies geven terzake van de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheid (artikel 10:6 Awb). Daarnaast bepaalt artikel 4:81 Awb dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of een onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel een door hem gedelegeerde bevoegdheid.

Verhouding tot de minister van Economische Zaken

Ook de minister van Economische Zaken kan aan de directeur DTe aanwijzingen geven. Artikel 6 lid 1 Elektriciteitswet 1998 bepaalt dat de directeur DTe de hem in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet toegekende taken en bevoegdheden uitoefent onder verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken. De DTe is vormgegeven als een ambtelijke dienst die door de wet toegekende taken en bevoegdheden heeft en die onder verantwoordelijkheid van de minister werkzaam is. De directeur DTe is, als bestuursorgaan dat ressorteert onder de minister, geen politieke verantwoording verschuldigd voor zijn handelen, maar valt onder de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de minister. De toelichting op het voorontwerp van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht geeft aan dat reden voor het toekennen van bevoegdheden aan een ondergeschikt bestuursorgaan middels attributie kan zijn, dat een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening wordt belast.¹⁰ Het gaat dan om een bepaalde, specifieke expertise die de dienst bezit of waarvoor de dienst wordt opgericht. Ook bij de DTe is dit het geval. Wanneer aan ambtenaren bevoegdheden worden geattribueerd en die ambtenaren ondergeschikt zijn aan de minister of een ander bestuursorgaan, wordt wel gesproken van gedeconcentreerde ambten of gedeconcentreerde rijksdiensten. Artikel 10.1.3.1 van het voorontwerp vierde tranche bepaalt dat indien een bevoegdheid is toegedeeld aan een persoon of college dat werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, dit bestuursorgaan per geval of in het algemeen instructies kan geven terzake van de uitoefening van die bevoegdheid.

De positionering van de DTe sluit aan bij de wijze waarop de positie van de NMa is geregeld in de Mededingingswet. Zij brengt, zoals in artikel 10.1.3.1 van het voorontwerp vierde tranche is neergelegd, maar overigens ook los daarvan, met zich dat de minister de bevoegdheid heeft om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven aan de

6 Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73H; rapport Visser.

7 Zie echter amendement Van Walsem/Van den Akker (Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 35), dat bij stemming over het wetsvoorstel Overgangswet Elektriciteitsproductiesector in de Tweede Kamer is aangenomen. Artikel 20 van de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector wijzigt de Gaswet. Voor deze bijdrage is van belang dat de bevoegdheden, genoemd in de artikelen 11, 12 en 13 van de Gaswet, geattribueerd worden aan de directeur DTe. Hierop wordt later in deze bijdrage teruggekomen.

8 Artikel 21 lid 2 van de gasrichtlijn bepaalt dat de lidstaten een van de partijen onafhankelijke bevoegde instantie aanwijzen die geschillen moet beslechten. Teneinde mede invulling te geven aan het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb), wordt de geschillenbeslechtingsbevoegdheid exclusief toegekend aan de d-g NMa.

9 Besluit mandaat Gaswet, 16 augustus 2000, NMa nr. 00051860, Stcrt. 18 augustus 2000, nr. 159, p. 22.

10 Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, MvT bij het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vierde tranche, Den Haag 1999, p. 143-144.

directeur DTe, waarbij algemene aanwijzingen in beginsel worden vastgelegd in beleidsregels. Over het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid wordt in de parlementaire behandeling van de Elektriciteitswet 1998 het volgende opgemerkt:

*‘Wat betreft het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid wordt terughoudendheid betracht, vanuit de overweging dat die terughoudendheid past bij de rechtstreekse toekenning door de wet van bevoegdheden aan de directeur DTe. De mogelijkheid tot het geven van een aanwijzing is evenwel wenselijk tegen de achtergrond van het gegeven dat de in de wet geregelde toezichtsfunctie nieuw is en zich dient te ontwikkelen.’*¹¹

Alvorens de minister een aanwijzing geeft met betrekking tot de uitoefening van in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet¹² aan de directeur DTe toegekende bevoegdheden, stelt hij de d-g NMa in de gelegenheid zijn zienswijze over het voornemen daartoe kenbaar te maken, aldus artikel 6 lid 2 van de Elektriciteitswet 1998. In de parlementaire behandeling van de Elektriciteitswet 1998 wordt de aanwijzingsbevoegdheid van de minister niet strijdig geacht met de functionele relatie tussen de d-g NMa en de directeur DTe. De bepaling dat de d-g NMa zijn zienswijze over de aanwijzing kenbaar kan maken is opgenomen met het oog op het goed kunnen functioneren van de toezichtsrelatie tussen de NMa en de DTe en, zo stelt de minister, deze consultatie bevordert een zorgvuldige aansturing van de DTe.¹³

Een complicatie doet zich voor wanneer gekeken wordt naar de huidige situatie onder de Gaswet. Ook hier geldt dat de minister aan de directeur DTe aanwijzingen kan geven met betrekking tot de uitoefening van de in de Gaswet aan de directeur DTe toegekende bevoegdheden, zo bepaalt artikel 6 lid 2 van de Elektriciteitswet 1998. De ‘bevoegdheden’ die de directeur DTe uitoefent in het kader van de Gaswet, oefent hij uit op grond van mandaat. Kan hier gesproken worden van *in de Gaswet* toegekende bevoegdheden? Nee, wanneer hier vanuit strikt bestuursrechtelijke zin naar gekeken wordt: bij mandaat gaan geen bevoegdheden over van de mandaatgever naar de mandaatnemer. De minister kan daarom naar de letter van de wet geen aanwijzingen aan de directeur DTe geven op basis van artikel 6 van de Elektriciteitswet 1998. Het geven van (algemene) aanwijzingen, neergelegd in beleidsregels, kan slechts plaatsvinden op grond van artikel 4:81 Awb. Dit kan echter niet bedoeld zijn omdat de directeur DTe werkzaam is onder verantwoordelijkheid van de minister. Derhalve moet worden aangenomen dat de minister wél aanwijzingen aan de directeur DTe kan geven met betrekking tot de uitoefening van bevoegdheden onder de Gaswet opdat de minister in staat wordt gesteld invulling te geven aan de politieke verantwoordelijkheid die zij voor het handelen van de directeur DTe draagt. Als we aan deze problematiek voorbijgaan, blijven er nog twee vraagstukken over. Enerzijds wordt de d-g NMa ook in deze situatie in staat gesteld zijn zienswijze over de voorgenomen aanwijzing

van de minister kenbaar te maken, terwijl de d-g NMa via de mandaatconstructie zelf verantwoordelijk blijft voor de uitoefening van de betrokken bevoegdheid, al wordt deze bevoegdheid (in naam van de d-g NMa) uitgeoefend door de directeur DTe. De d-g NMa wordt alsdan in staat gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken over een, van de zijde van de minister, voorgenomen aanwijzing die rechtens gericht is aan de d-g NMa zélf. Anderzijds kan het voorkomen dat zowel de minister als de d-g NMa aan de directeur DTe een aanwijzing geven over de uitoefening van een bevoegdheid. De minister zal de aanwijzing baseren op de ondergeschiktheidsrelatie van de directeur DTe, de d-g NMa zal de aanwijzing baseren op het feit dat de directeur DTe de bevoegdheden onder mandaat van de d-g NMa uitoefent, hetgeen in wezen ook een ondergeschiktheidsrelatie betreft. Deze beide aanwijzingen kunnen op zichzelf tegenstrijdig zijn aan elkaar. Daar de d-g NMa (ook) ondergeschikt is aan de minister, zo valt uit artikel 2 lid 1 van de Mededingingswet af te lezen (‘Er is een Nederlandse mededingingsautoriteit, die ressorteert onder Onze minister’), dient men ervan uit te gaan dat in het geval van tegenstrijdigheid de aanwijzing van de minister prevaleert boven de aanwijzing van de d-g NMa, maar dit is niet duidelijk vastgelegd.

De Overgangswet Elektriciteitsproductiesector

Op 28 juli 2000 is het wetsvoorstel Overgangswet Elektriciteitsproductiesector¹⁴ ingediend bij de Tweede Kamer. De definitieve wet is inmiddels gepubliceerd (Stb. 2000, 607) en regelt onder andere de verdeling en betaling van zogenaamde niet-marktconforme kosten die de elektriciteitsproductiesector vanuit het verleden met zich meedraagt. Daarnaast is de wet aangegrepen om verscheidene wijzigingen aan te brengen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de d-g NMa en de directeur DTe is een amendement van de Kamerleden Van Walsum/Van den Akker¹⁵ van belang, dat op 23 november 2000 bij stemming over het wetsvoorstel door de Tweede Kamer is aangenomen.¹⁶ Dit amendement leidt tot wijziging van de Gaswet. De bevoegdheden, neergelegd in de artikelen 11, 12 en 13 van de Gaswet, die aan de d-g NMa zijn geattribueerd en vervolgens aan de directeur DTe zijn gemandateerd, worden door middel van het amendement geattribueerd aan de directeur DTe. Het verichten van werkzaamheden ten behoeve van het toezicht op de naleving van de Gaswet, als bepaald in artikel 59 lid 1 van de Gaswet, blijft geattribueerd aan de d-g NMa en

11 NV II, Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 7, p. 21.

12 Zie artikel 69 onder D van de Gaswet, waarbij artikel 6 van de Elektriciteitswet 1998 wordt gewijzigd.

13 NV II, Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 7, p. 21.

14 Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 1-2.

15 Kamerstukken II 2000/01, 27 250, nr. 35.

16 Het wetsvoorstel is op 23 november 2000 aan de Eerste Kamer aangeboden.

wordt vervolgens gemandateerd aan de directeur DTe. De problemen met betrekking tot de Gaswet, zoals die hierboven zijn aangestipt, zijn door dit amendement grotendeels verholpen.

De positie van de directeur DTe met betrekking tot de Gaswet wordt door attributie van de bevoegdheden onafhankelijker van de d-g NMa in vergelijking met een mandatering van de bevoegdheden door de d-g NMa. Bij mandaat handelt de directeur DTe in naam van de d-g NMa. Bij attributie handelt de directeur DTe op eigen naam. Attributie heeft eveneens tot gevolg dat de directeur DTe zelf de bezwaarschriften zal dienen te behandelen die tegen zijn besluiten kunnen worden ingesteld en zelf verwerende partij zal zijn in beroepsprocedures. Bij mandaat zal de directeur DTe deze bevoegdheden niet kunnen uitoefenen omdat artikel 10:3 Awb mandatering tot bijvoorbeeld het beslissen op een bezwaarschrift aan degene die het besluit waartegen het bezwaar zich richt, krachtens mandaat heeft genomen, verbiedt. Daarnaast kan de d-g NMa de bevoegdheden niet meer zelf uitoefenen of aan een ander overdragen, wat bij mandaat wel kan (artikelen 10:7 en 10:8 Awb). Omdat, wegens het vervallen van mandaat, een aanwijzingsbevoegdheid van de d-g NMa zou ontbreken¹⁷, bepaalt artikel 16 onder C van de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector dat in artikel 8 van de Elektriciteitswet 1998 na de zinsnede 'tot de uitoefening van in deze wet' wordt ingevoegd: en de Gaswet. De d-g NMa kan door deze aanpassing ook algemene en bijzondere aanwijzingen geven met betrekking tot de uitoefening van *in de Gaswet* aan de directeur DTe toegekende taken en bevoegdheden waarbij naar het oordeel van de d-g NMa uitleg kan of moet worden gegeven aan begrippen die worden gehanteerd bij de toepassing van de Mededingingswet.

De NMa als zelfstandig bestuursorgaan en de gevolgen voor de DTe

Momenteel zijn er plannen om de NMa om te vormen in een zelfstandig bestuursorgaan.¹⁸ Gezien het feit dat de DTe als kamer onderdeel uitmaakt van de NMa, kan niet voorbijgegaan worden aan de vraag wat een zbo-status van de NMa betekent voor de positie van de DTe, want wanneer een bestuursorgaan een zelfstandig bestuursorgaan is, kan de minister geen bijzondere aanwijzingen geven (aanwijzingen in individuele gevallen). De hiërarchische ondergeschiktheid aan de minister vervalt. Omdat de DTe als kamer onderdeel uitmaakt van de NMa, zal ook de DTe onderdeel uitmaken van een te vormen zbo. Artikel 6 lid 1 van de Elektriciteitswet 1998, dat bepaalt dat de directeur DTe zijn taken en bevoegdheden uitoefent onder verantwoordelijkheid van de minister, kan dan niet onverkort in stand blijven. De aanwijzingsbevoegdheid van de minister, neergelegd in artikel 6 lid 2 van de Elektriciteitswet 1998, dient ook een wijziging te ondergaan. Het lijkt weinig voor de hand te liggen dat de minister bijzondere aanwijzingen kan geven omtrent de uitoefening van een specifieke wet, terwijl het uitvoerende bestuursorgaan

onderdeel uitmaakt van een zelfstandig bestuursorgaan. Het voorstel voor de zbo-wet¹⁹ zal antwoord moeten geven op de vragen van onafhankelijkheid en zelfstandigheid van beide bestuursorganen.

17 Ook artikel 4:81 Awb is niet van toepassing.

18 Zie ook S.E. Zijlstra, 'Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden?', *Markt & Mededinging* 2000, p. 154-157.

19 Voorstel van wet houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan.