Autoriteit
Consument & Markt

# Besluit

**Openbaar besluit op bezwaar**

Ons kenmerk : ACM/UIT/495260
Zaaknummer : ACM/17/022625
Datum : 17 mei 2018

## 1 Samenvatting

De ACM heeft bij besluit van 21 november 2017, zoals gewijzigd bij besluit van 21 december 2017, (hierna: het bestreden besluit) over de periode 1 januari 2017 tot en met 30 juni 2017 voor twee producten maximumtarieven opgelegd aan N.V. Nuon Sales Nederland. Het bestreden besluit is genomen op grond van artikel 95b, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998. Nuon brengt in bezwaar naar voren dat artikel 95b, eerste tot en met vierde lid,[1] en het bestreden besluit in strijd zijn met Europees recht. De ACM komt in dit besluit tot de conclusie dat dit niet het geval is. Daarnaast concludeert de ACM dat de rechten van verdediging van Nuon niet zijn geschonden. De ACM verklaart een bezwaargrond gegrond en de overige bezwaargronden ongegrond. De ACM handhaaft, onder aanvulling van de motivering, het bestreden besluit en wijst het verzoek om proceskostenvergoeding af.

## 2 Verloop van de procedure

1. De ACM heeft bij het bestreden besluit over de periode 1 januari 2017 tot en met 30 juni 2017 maximumtarieven aan N.V. Nuon Sales Nederland (hierna: Nuon) opgelegd voor de volgende *single fuel*-producten:[2]
   1) Nuon Stroom Standaardprijs;
   2) Nuon Modelcontract Stroom.

2. Nuon heeft tegen het bestreden besluit bezwaar gemaakt. Op 13 maart 2018 heeft zij haar bezwaren toegelicht op een hoorzitting. De ACM heeft op 28 maart 2018 een rapport van de Office of Gas and Electricity Markets (hierna: Ofgem) van 31 oktober 2017 aan Nuon verstuurd. Nuon heeft bij brieven van 3 april 2018 en 9 april 2018 een reactie op dit rapport ingediend. Het verslag van de hoorzitting heeft de ACM op 4 april 2018 aan Nuon verstuurd. Nuon heeft op 10 april 2018 een reactie ingediend. De ACM heeft Nuon op 13 april 2018 aangeboden de vertrouwelijke bijlage 2 bij het bestreden besluit te laten inzien door haar advocaat.[3] Bij brief van 17 april 2018 heeft Nuon hierop gereageerd. De ACM heeft Nuon bij brief van 25 april 2018 een nadere toelichting op het aanbod voor een dataroom gegeven. Nuon heeft bij brief van 1 mei 2018 laten weten geen gebruik te willen maken van het aanbod van de ACM.

3. In dit besluit beslist de ACM op de bezwaren van Nuon.

[1] Hierna wordt dit artikel ook aangeduid als de vangnetregeling.
[2] De afnemers van dit product nemen alleen elektriciteit af bij Nuon.
[3] Hierna wordt dit ook aangeduid als dataroom.

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

# 3 Bezwaren

4. Nuon heeft de volgende twee bezwaren tegen het bestreden besluit.

5. Ten eerste betoogt Nuon dat artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 in strijd is met artikel 3, tweede lid, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 106 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Het tarieftoezicht dat daarop is gebaseerd, mag de ACM niet uitvoeren en de ACM mocht dus niet handhavend optreden tegen Nuon. Nuon verzoekt de ACM het bestreden besluit om die reden te herroepen.

6. Ten tweede verzet Nuon zich tegen de vertrouwelijkheid van bijlage 2 bij het bestreden besluit, de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het benchmarkonderzoek. Volgens Nuon ontneemt de ACM haar de mogelijkheid om zich goed te verdedigen tegen het bestreden besluit. Het is volgens Nuon gissen waarom de tarieven door de ACM onredelijk worden bevonden. Nuon beroept zich op de artikelen 41, tweede lid, en 48, tweede lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest). Volgens Nuon schendt de ACM haar rechten van verdediging, zoals gewaarborgd in die artikelen.

# 4 Beoordeling

## 4.1 Vangnetregeling: inhoud en toepassing

7. **De wetgever heeft in artikel 95b van de Elektriciteitswet 1998 een zogenoemde vangnetregeling opgenomen.** Dit artikel vormt een implementatie van artikel 3, tweede lid, van richtlijn 2009/72/EG. In dat laatste artikel is voor lidstaten de bevoegdheid neergelegd om - met in achtneming van artikel 106 van het VWEU - openbaredienstverplichtingen aan elektriciteitsbedrijven op te leggen. Deze verplichtingen kunnen zien op de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de levering van elektriciteit.

8. **De vangnetregeling in de Elektriciteitswet 1998 waarborgt dat kleinverbruikers voor elektriciteit een redelijke prijs betalen.** De wetgever heeft er niet voor gekozen om een maximum- of referentieprijs aan leveranciers op te leggen, maar laat de prijsvorming in eerste instantie over aan de leveranciers. De leveranciers moeten er daarbij wel voor zorgen dat de kleinverbruiker een redelijk tarief betaalt. De wetgever heeft de ACM de taak toebedeeld om toezicht te houden op de redelijkheid van de tarieven. De ACM heeft een beoordelingskader ontwikkeld voor de vaststelling of een tarief van een leverancier voor een bepaald product redelijk is. De ACM betrekt daarbij de inkoopkosten en de brutomarge.[4] Ook in dit model staat marktwerking op de elektriciteitsmarkt voorop. Het beoordelingsmodel is bewust ruim opgezet. Daarmee is er veel ruimte voor leveranciers om voor hun producten redelijke tarieven vast te stellen en hoeft de ACM zo min mogelijk in te grijpen. Om deze marktwerking verder te borgen, maakt de ACM de berekening behorend bij het beoordelingsmodel niet openbaar en evenmin welke tarieven zij maximaal redelijk vindt. Ook het benchmarkonderzoek dat hieraan ten grondslag ligt, maakt de ACM niet openbaar. Als de ACM een bepaald tarief onredelijk vindt, dan maakt de ACM dit standpunt aan een leverancier bekend. Na een traject van uitwisseling van standpunten door de ACM met een leverancier over het desbetreffende tarief, kan de ACM een maximumtarief opleggen aan een leverancier. In de praktijk blijkt dat de ACM in het overgrote deel van de aangeschreven gevallen na een toelichting van de desbetreffende

[4] Zie verder randnummers 25-40 in het bestreden besluit.

leverancier alsnog tot de conclusie komt dat het tarief redelijk is. Verder intervenieert de ACM hoogstens in een handvol gevallen, terwijl er duizenden producten worden aangemeld.

9. [VERTROUWELIJK]. Figuur 1 illustreert dat. In bijlage 2 bij dit besluit wordt dit oordeel van de ACM verder onderbouwd.

   [VERTROUWELIJK]

Figuur 1. Illustratieve vergelijking tariefopbouw Nuon en maximaal redelijk tarief ACM (niet op schaal)

## 4.2 Procedurele voorvragen

### 4.2.1 Kwalificatie artikel 95b als openbaredienstverplichting

10. Nuon kan zich niet vinden in het standpunt van de ACM in het bestreden besluit dat niet artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, Elektriciteitswet 1998, maar alleen het bestreden besluit aan artikel 3, tweede lid, van richtlijn 2009/72/EG moet worden getoetst. Volgens Nuon veronderstelt de ACM ten onrechte dat alleen de oplegging van een maximumtarief intervenieert in het proces van vrije prijsvorming op de elektriciteitsmarkt. Nuon betoogt, onder verwijzing naar het arrest Anode,[5] punt 30, dat artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, wel degelijk als openbare dienstverplichting kwalificeert. Volgens Nuon gaat het daarbij om de volgende maatregelen:
    1) de verplichting voor leveranciers die aan kleinverbruikers leveren om tegen redelijke tarieven zorg te dragen voor de levering van elektriciteit;
    2) de bevoegdheid van de ACM om een maximumtarief vast te stellen als zij van oordeel is dat de tarieven van een leverancier onredelijk zijn.

11. **De ACM volgt Nuon in het betoog dat artikel 95b een openbaredienstverplichting bevat.** De ACM leidt uit punt 30 van het arrest Anode af dat de door de wetgever opgelegde verplichting en tot de leveranciers gerichte norm om redelijke tarieven te hanteren, ingrijpt in de vrije prijsvorming op de elektriciteitsmarkt. Het begrenst de vrijheid van de leveranciers om geheel zelf hun eigen prijs te bepalen. De wetgever eist namelijk dat de tarieven redelijk zijn en leveranciers zijn dan ook gehouden die norm te implementeren in hun bedrijfsmodel. Daarnaast heeft de ACM de bevoegdheid om aan leveranciers een maximumtarief op te leggen als die tarieven niet redelijk zijn. De ACM intervenieert hiermee in het proces van vrije prijsvorming omdat zij een tarief oplegt dat naar haar oordeel redelijk is en het door de leverancier bepaalde tarief aan de kant zet. Overigens impliceert het voorgaande niet dat deze openbaredienstverplichting in strijd is met artikel 3, tweede lid, van richtlijn 2009/72/EG dan wel artikel 106 van het VWEU. Daarop wordt hierna ingegaan.

12. Dit bezwaar van Nuon is gegrond, maar deze gegrondverklaring leidt, gelet op het hierna volgende, niet tot herroeping van het bestreden besluit.

### 4.2.2 Notificatie van de openbaredienstverplichting

13. **De openbaredienstverplichting is, anders dan Nuon betoogt, gemeld bij de Europese Commissie.** Dit blijkt uit het NationaalUitvoeringsMaatregelen-systeem van de Europese Commissie.[6] Destijds is in de transponeringstabel bij artikel 3, tweede lid, richtlijn 2009/72/EG

[5] ECLI:EU:C:2016:637.
[6] Zie http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32009L0072&qid=1520864384075.

opgemerkt dat deze openbaredienstverplichting reeds is geïmplementeerd in artikel 95b van de Elektriciteitswet 1998. Het betoog van Nuon dat artikel 95b onjuist is genotificeerd, volgt de ACM niet. Uit richtlijn 2009/72/EG blijkt niet dat een openbaredienstverplichting apart bij de Europese Commissie moet worden gemeld en dat het niet is toegestaan om - wat in dit geval is gebeurd - deze verplichting samen met andere implementatiemeldingen te doen. Het meldingsproces van het bestreden besluit loopt op dit moment.

### 4.2.3 Tussenconclusie

14. Uit het voorgaande volgt dat artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, Elektriciteitswet 1998 een openbaredienstverplichting bevat. Met het bestreden besluit wordt Nuon gedwongen om deze openbaredienstverplichting na te leven. Gezien deze samenhang zal de ACM in het hierna volgende artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, tezamen met de toepassing in het bestreden besluit toetsen aan artikel 3, tweede lid, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 106 van het VWEU.

## 4.3 Verenigbaarheid vangnetregeling met richtlijn 2009/72/EG

15. Nuon betoogt dat de ACM in het bestreden besluit ten onrechte het standpunt heeft ingenomen dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet relevant is omdat de vangnetregeling uitsluitend ziet op toezicht achteraf. Verder betoogt Nuon dat de ACM ten onrechte heeft gesteld dat de Nederlandse overheid de tarieven van leveranciers niet beïnvloedt.

16. **De ACM stelt voorop dat het lidstaten is toegestaan om openbaredienstverplichtingen op te leggen in het algemeen economisch belang.** Deze bevoegdheid van lidstaten blijkt duidelijk uit artikel 3, tweede lid, richtlijn 2009/72/EG. In de considerans, punt 45, wordt hierover opgemerkt dat “de lidstaten ervoor (moeten) zorgen dat huishoudelijke afnemers en, indien zij dat dienstig achten, kleine bedrijven het recht hebben om tegen duidelijk vergelijkbare, transparante en redelijke prijzen van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit te worden voorzien” (onderstreping toegevoegd). Door opname van de openbaredienstverplichting in artikel 95b, eerste lid, waarborgt de Nederlandse overheid dat leveranciers - conform de eis van artikel 3, derde lid, richtlijn 2009/72/EG - redelijke tarieven aan kleinverbruikers in rekening brengen. De gedachte hierachter is dat huishoudelijke afnemers en kleinzakelijke gebruikers moeten kunnen profiteren van de concurrentie op de elektriciteitsmarkt, maar tegelijkertijd ook een hoge mate van consumentenbescherming moeten genieten.[7] Dat impliceert dat zij elektriciteit moeten kunnen afnemen tegen een betaalbare prijs. Brengen de leveranciers onredelijke tarieven in rekening, dan zou de afname van energie door kleinverbruikers in gevaar kunnen komen.[8]

17. De ACM heeft zich in het bestreden besluit niet op het standpunt gesteld dat de arresten Federutility,[9] Commissie tegen Polen[10] en Anode niet van belang zijn bij de uitleg van artikel 3, tweede lid, richtlijn 2009/72/EG. Die stelling berust op een onjuiste lezing van het bestreden besluit. De ACM heeft alleen gewezen op het verschil tussen de openbaredienstverplichting in artikel 95b, eerste lid, en de wetgeving die in voormelde zaken door het Hof van Justitie wordt getoetst.[11] Artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, Elektriciteitswet 1998 verschilt op belangrijke

[7] Zie verder nog considerans, punten 42 en 50.
[8] Vergelijk Europese Commissie, Witboek over diensten van algemeen belang, par. 3.3, p. 8; http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0374&from=NL.
[9] ECLI:EU:C:2010:205.
[10] ECLI:EU:C:2015:570.
[11] Die verschillen zijn als volgt:
+ het arrest Federutility: hierin gaat het om de bevoegdheid van de Autorità per l’energia elettrica e il gas om referentieprijzen vast te stellen;
+ het arrest Commissie tegen Polen: hier betrof het de wettelijke verplichting van de Urzad Regulcaji Energe om alle nieuwe tarieven vooraf af of goed te keuren;

punten van die wetgeving en deze arresten zijn daarom niet een-op-een toepasbaar op de Nederlandse situatie. Deze openbaredienstverplichting moet wel aan de eisen voldoen die het Hof van Justitie in voormelde arresten stelt, waaronder:
a) de verplichting streeft een algemeen economisch belang na (4.3.1);
b) de verplichting eerbiedigt het evenredigheidsbeginsel (4.3.2);
c) de verplichting is duidelijk gedefinieerd, niet discriminatoir, transparant en controleerbaar (4.3.3 & 4.3.4).

18. Hieronder zal de ACM uiteenzetten dat aan al deze eisen wordt voldaan.

### 4.3.1 De vangnetregeling streeft een doelstelling van algemeen economisch belang na

19. **Het Hof van Justitie heeft in het arrest Federutility, punt 32, erkend dat een wettelijke bepaling die beoogt tarieven op een redelijk niveau te handhaven een doelstelling van algemeen economisch belang is.[12]** Gelet op de toenmalige situatie op de elektriciteitsmarkt, vond de wetgever het nodig om - in navolging van de daartoe in de voorloper van richtlijn 2009/72/EG neergelegde mogelijkheid - in de Elektriciteitswet 1998 een wettelijke bepaling op te nemen die kleinverbruikers beschermt tegen onredelijke tarieven van leveranciers van elektriciteit. Artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, bevat een aantal bepalingen om te waarborgen dat leveranciers ook daadwerkelijk redelijke tarieven hanteren. Zo'n beschermende maatregel streeft een doelstelling van algemeen economisch belang na. Nuon betwist dit overigens niet.

### 4.3.2 De vangnetregeling eerbiedigt het evenredigheidsbeginsel

20. **Het Hof van Justitie onderscheidt vier stappen bij de toets of voldaan wordt aan het evenredigheidsbeginsel:**
I. De maatregel is geschikt om de erdoor nagestreefde doelstelling van algemeen economisch belang te verwezenlijken.
II. Een overheidsinterventie dient (in tijd) beperkt te worden tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het erdoor nagestreefde doel.
III. De interventie mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk ter verwezenlijking van de doelstelling van algemeen economisch belang.
IV. De persoonlijke werkingssfeer van de openbaredienstverplichting.

21. Hieronder zal de ACM de stappen I-IV doorlopen.

**I. De vangnetregeling is een passend middel**

22. **Artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, is een passend middel om ervoor te zorgen dat leveranciers aan kleinverbruikers een redelijk tarief in rekening brengen voor elektriciteit.** Dit is in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn om redelijke tarieven te waarborgen. Om vast te stellen of leveranciers een redelijk tarief in rekening brengen voor elektriciteit, ziet de ACM erop toe dat zij de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering doorberekenen aan de kleinverbruiker. Constateert de ACM dat dit het geval is, dan hanteert de

+ het arrest Anode: in dit geval ging het om gereguleerde tarieven die waren vastgesteld door de Commission de régulation de l'énergie.
[12] Lidstaten hebben zelf het recht om, met inachtneming van het Unierecht, de omvang en de organisatie van hun diensten van algemeen economisch belang te definiëren, waarbij zij rekening houden met doelstellingen van hun nationale beleid (arrest Anode, punt 45). Verder wordt in punt 46 van de considerans bij richtlijn 2009/72/EG benadrukt dat een lidstaat op nationaal niveau moet bekijken welke openbaredienstverplichting, gelet op de situatie van de elektriciteitsmarkt, nodig is.

leverancier voor dat product een redelijk tarief en worden kleinverbruikers beschermd tegen een onredelijk tarief. Laat een leverancier echter na deze effecten ten goede te laten komen aan kleinverbruikers, dan wordt die bescherming onvoldoende geboden. Het toezicht op de tarieven (artikel 95b, tweede en derde lid), het eventueel daarop volgende kruispuntgesprek met een leverancier, de mogelijkheid tot vrijwillige aanpassing van het tarief en het opleggen van een maximumtarief[13] biedt een passend instrumentarium om te borgen dat leveranciers deze verplichting naleven of alsnog dat gaan doen. In dit kader wijst de ACM erop dat zij nog andere middelen tot haar beschikking heeft, zoals het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 77i). De ACM heeft bij het toezicht op de naleving van artikel 95b, eerste lid, gezien de doelstelling van de vangnetregeling, gekozen voor een minder ingrijpend middel. Het verwijt van Nuon dat de ACM een draconische maatregel inzet, onderschrijft de ACM dan ook niet.

23. Met het betoog dat artikel 95b niet geschikt is om de doelstelling van algemeen economisch belang te verwezenlijken omdat zij een van de laagste tarieven op de elektriciteitsmarkt heeft, gaat Nuon eraan voorbij dat de wetgever een andere invulling geeft aan wat een redelijk tarief is. De hoogte van het tarief van een leverancier is daarbij niet doorslaggevend. Zoals eerder opgemerkt, verlangt de wetgever van leveranciers dat zij de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering doorberekenen aan kleinverbruikers. De wijze waarop die effecten moeten of kunnen worden doorberekend, verschilt per leverancier. Iedere leverancier hanteert zijn eigen bedrijfsmodel, een eigen inkoopstrategie en brutomargebeleid en is bovendien in beginsel zelf verantwoordelijk voor het bepalen van de prijs.[14] Dat biedt een verklaring voor het verschil in de hoogte van de tarieven van leveranciers. Dat Nuon, naar zij stelt, een van de laagste tarieven op de energiemarkt hanteert, legt bij de vangnetregeling dus maar beperkt gewicht in de schaal.

24. **Andere verplichtingen die leveranciers hebben op grond van de Elektriciteitswet 1998 en het Burgerlijk Wetboek waarborgen niet dat kleinverbruikers een redelijk tarief betalen voor elektriciteit**. Deze verplichtingen zien op de transparantie die leveranciers in acht moeten nemen richting consumenten over de aard en kenmerken van een energieproduct, de tarieven en voorwaarden voor levering en transport van elektriciteit. Die transparantieverplichtingen hebben als doel de consumenten een goed geïnformeerde, weloverwogen beslissing te laten nemen over een energiecontract. Zij stellen hen echter niet in staat vast te stellen of zij voor dat product een redelijk tarief betalen, overeenkomstig de definitie van de wetgever.[15] Uit dat oogpunt bezien, vormt artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, een effectief middel om te waarborgen dat leveranciers voor deze groep een redelijk tarief in rekening brengen. Dat artikel is dus, anders dan Nuon betoogt, zeker niet overbodig.

**II. De vangnetregeling is van beperkte duur**

25. **Dat artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, sinds 1 januari 2002 bestaat en nog niet is ingetrokken, rechtvaardigt, anders dan Nuon betoogt, niet de conclusie dat deze openbaredienstverplichting een permanent karakter draagt**. Het opleggen van een openbaredienstverplichting voor de prijs van elektriciteit aan leveranciers, was tijdens de voorlopers van richtlijn 2009/72/EG ook al mogelijk[16] en wordt binnen de Europese Unie op grote schaal toegepast (17 lidstaten).[17] De ruimte van leveranciers om volledig hun eigen prijs te bepalen, wordt daarmee al langere tijd begrensd door deze verplichting. Daarnaast is de Nederlandse openbaredienstverplichting, neergelegd in artikel 95b, eerste lid, niet bedoeld om

[13] Voor een specificatie van het beoordelingsproces bij de ACM, zie randnummers 17-19 van het bestreden besluit.
[14] Zie ook randnummer 57 van het bestreden besluit..
[15] Zie de artikelen 95m-95o van de Elektriciteitswet en de artikelen 6:193b en 193c van het Burgerlijk Wetboek.
[16] Zie artikel 3, tweede lid, richtlijn 96/92/EG en artikel 3, tweede lid, richtlijn 2003/54/EG.
[17] Europese Commissie, Commission Staff Working Document, 30 november 2016, p. 406.

voor onbepaalde tijd te gelden. Dit zou in strijd zijn met de door de Europese en Nederlandse wetgever beoogde liberalisering van de elektriciteitsmarkt. Het tijdelijke karakter blijkt uit het zesde lid van artikel 95b, waarin staat dat de vangnetregeling op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip kan vervallen. Zodra blijkt dat de noodzaak van de openbaredienstverplichting, gezien de situatie op de energiemarkt en de verwachte toekomstige ontwikkelingen, niet langer aanwezig is, kan de regering besluiten om deze te laten vervallen. Dat laatste wordt ook met enige regelmaat getoetst, wat hieronder verder zal worden toegelicht. In zoverre is dit geval anders dan de Franse wetgeving in het arrest Anode, omdat die wet bedoeld was om voor een onbeperkte duur te gelden.

26. **De ACM volgt Nuon evenmin in het betoog dat de vangnetregeling niet regelmatig wordt geëvalueerd.** De ACM heeft in april 2012 de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet geëvalueerd. De ACM heeft toen de mogelijkheid en wenselijkheid van afschaffing van artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, onderzocht. De ACM kon afschaffing van de openbaredienstverplichting op dat moment echter niet ondersteunen omdat daaraan verschillende risico's kleefden.[18]

27. Daarnaast heeft de wetgever zich bij het opstellen van de Stroomwetgeving gebogen over de vraag of artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, gehandhaafd moest worden. In het consultatiedocument Stroom van 20 januari 2014[19] heeft de wetgever de intentie uitgesproken de vangnetregeling op termijn af te schaffen. De wetgever stelde daarbij wel als voorwaarde dat consumenten een meer disciplinerende werking moeten krijgen op de elektriciteitsmarkt. De wetgever constateerde in de toelichting dat de markt op dat moment echter onvoldoende transparant was, wat consumentenparticipatie en een goede marktwerking op de elektriciteitsmarkt belemmert. De regering heeft deze openbaredienstverplichting in het uiteindelijke wetsvoorstel dan ook gehandhaafd.[20] Hoewel de Stroomwetgeving om andere redenen door de Eerste Kamer in december 2015 niet is aangenomen, maakt dit wel duidelijk dat de wetgever de vangnetregeling tussentijds heeft geëvalueerd en tot de conclusie is gekomen dat de openbaredienstverplichting nog steeds nodig is.

28. **Tot slot voert de ACM, zoals in het bestreden besluit is aangehaald,[21] voortdurend haar monitoringtaak uit.** Dat blijkt bijvoorbeeld uit de Energiemonitor van 2017. Deze monitoring voert de ACM ook uit met andere toezichthouders op Europees niveau binnen het Agency for the Cooperation of Energy Regulators, zoals blijkt uit het recent verschenen 6th ACER Marketing Monitoring Report.[22] Hoewel deze monitoring niet specifiek is gericht op toepassing van artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, wordt wel bezien hoe de energiemarkt - en specifiek de prijzen - zich ontwikkelt. In deze monitoring heeft de wetgever tot nu toe geen aanleiding gezien om de vangnetregeling af te schaffen.

**III. De vangnetregeling is proportioneel**

29. **De vangnetregeling biedt een passend evenwicht tussen enerzijds het belang van marktwerking op de elektriciteitsmarkt en anderzijds het belang dat kleinverbruikers een redelijk tarief betalen voor elektriciteit.** Uitgangspunt van de vangnetregeling is dat

[18] Rapport Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, april 2012, www.acm.nl. De ACM benoemde in dat rapport als risico dat een deel van de tarieven zal gaan stijgen en dat dit waarschijnlijk de producten zal betreffen waarmee niet actief klanten worden geworven (de zittenblijvers). Daarnaast constateerde de ACM dat de energiemarkt wordt gekenmerkt door consumenteninertie wat kan leiden tot 'two-tier-pricing': sommige groepen consumenten (de zittenblijvers) betalen een hoger tarief dan meer actieve groepen consumenten.
[19] https://www.internetconsultatie.nl/stroom/details.
[20] Kamerstukken I, 2015/16, 34 199, nr. C.
[21] Randnummer 15.
[22] Zie https://acer.europa.eu/en/Electricity/Market%20monitoring/Pages/Current-edition.aspx.

leveranciers in het proces van onderlinge concurrentie in beginsel zelf de prijs bepalen van hun energieproducten. Dit is in lijn met richtlijn 2009/72/EG, die beoogt een geleidelijke en volledige liberalisering van de elektriciteitsmarkt te verwezenlijken. Deze marktwerking bevordert dat de afnemers van energie - en dus ook kleinverbruikers - kunnen kiezen uit een divers aanbod aan energieproducten, hierdoor op de markt meer concurrentie tussen energieproducten ontstaat, de prijzen van energieproducten op een acceptabeler niveau komen en er een betere dienstverlening door de leveranciers wordt aangeboden.[23] Zolang leveranciers de voor- en nadelen van hun bedrijfsvoering daarbij laten doorwerken in hun tarieven voor kleinverbruikers, bepalen zij geheel zelfstandig hun tarieven en heeft de ACM geen enkele reden om in dit marktproces in te grijpen. Dit zou de marktwerking op de elektriciteitsmarkt ook schaden.

30. De wetgever heeft daarmee een kader ontworpen dat veel ruimte biedt voor marktwerking. Bij de uitvoering van dit kader heeft de ACM gekeken naar de verschillende leveranciers die actief zijn op de elektriciteitsmarkt en welke specifieke elementen bij iedere leverancier van belang zijn. De ACM heeft vervolgens een derde partij een benchmarkonderzoek laten doen en de uitkomsten hiervan heeft de ACM gebruikt om een beoordelingskader op te zetten. Dit kader werkt relatief eenvoudig en biedt ruimte aan leveranciers om hun eigen bedrijfsmodel op te zetten en uit te voeren. De insteek is dat geen enkel bedrijfsmodel door het kader belemmerd zou moeten worden (zie ook randnummer 36). Uit het toezicht dat de ACM hierop houdt, blijkt dat dit kader in de praktijk goed werkt: voor minder dan 1 procent van de producten worden leveranciers aangeschreven. Van die groep hoeft het overgrote deel zijn tarief uiteindelijk niet aan te passen. Voor de eerste helft van 2017 heeft alleen Nuon zijn tarief moeten aanpassen en was er geen enkele aanpassing door een andere leverancier, ook niet op vrijwillige basis.

31. Pas als de doorwerking van de voor- en nadelen van de bedrijfsvoering niet of onvoldoende plaatsvindt, heeft de ACM de bevoegdheid om in te grijpen. Zoals in het bestreden besluit is uiteengezet, zet de ACM deze bevoegdheid niet direct in. Eerst stuurt de ACM aan leveranciers een brief waarin een leverancier wordt meegedeeld dat de tarieven voor bepaalde producten relatief hoog zijn. In deze brief staan aanvullende vragen over de tarieven en een uitnodiging voor een gesprek. Vervolgens voert de ACM een specifieke beoordeling uit. Als hieruit naar voren komt dat een tarief onredelijk is, wordt de leverancier per brief hiervan op de hoogte gesteld en krijgen leveranciers vervolgens in een kruispuntgesprek de gelegenheid om andere relevante informatie naar voren te brengen. Na dat gesprek kan een leverancier kiezen voor vrijwillige aanpassing. Laat de leverancier dat na, dan pas legt de ACM een maximumtarief op. Dat de ACM, zoals Nuon stelt, te diep ingrijpt in de verschillende onderdelen van de tariefstelling van leveranciers, onderschrijft de ACM niet. De leveranciers hebben de vrijheid om zelf te bepalen welke componenten bij de prijsvorming worden meegenomen. Waar het bij de vangnetregeling en het toezicht van de ACM hierop om gaat, is dat de inkoopkosten en de brutomarge van leveranciers uiteindelijk een redelijk tarief opleveren, als bedoeld in artikel 95b van de Elektriciteitswet 1998.

32. **De vangnetregeling is nog steeds nodig om te borgen dat leveranciers een redelijk tarief in rekening brengen aan kleinverbruikers.** Nuon wijst er terecht op dat de situatie op de elektriciteitsmarkt sinds de liberalisering in juli 2004 is veranderd. Het percentage overstappers neemt toe. Zo blijkt uit de Energiemonitor 2017 dat 41% van de ondervraagde consumenten de afgelopen drie jaar is geswitcht van energieleverancier. De energiemarkt is in ontwikkeling en er bestaat een positiever beeld dan tijdens de invoering van de vangnetregeling. Toen verwachtte de wetgever dat slechts 20% van de consumenten op zoek zou gaan naar een andere leverancier en de overige 80% geconfronteerd zou kunnen worden met een kleine

[23] Zie ook considerans, punt 1, van richtlijn 2009/72/EG.

prijsverhoging van enkele procenten per jaar om deze 20% binnen te halen. Dit overstappercentage is nu aanzienlijk verbeterd. Het aantal leveranciers op de elektriciteitsmarkt is de afgelopen jaren ook toegenomen, hetgeen heeft bijgedragen aan een betere marktwerking op de elektriciteitsmarkt. Wijzigingen in het overstappercentage en het aantal leveranciers zijn echter onvoldoende om te stellen dat de noodzaak om kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven niet langer aanwezig is. Daarbij weegt de ACM het volgende mee.

33. Ten eerste blijkt uit de Energiemonitors van de jaren 2015-2017 dat de variabele tarieven tot de hoogste behoren op de Nederlandse energiemarkt. Om afnemers met een vaste prijs binnen te halen, bieden energieleveranciers deze producten aan tegen een aantrekkelijk tarief, wat ertoe kan leiden dat afnemers met een variabel tarief die niet switchen een hoger tarief moeten gaan betalen. Het risico bestaat dat deze variabele tarieven geen gelijke tred houden met de directe kosten[24] en er onredelijke tarieven - waarbij niet alle voordelen worden doorberekend - kunnen gaan ontstaan. Dit blijkt duidelijk uit de in 2017 uitgevoerde pilots bij de Council of European Energy Regulators. In de figuren 1.19 en 1.21 is terug te zien dat de mark-ups bij variabele tarieven in 2016 en 2017, afgezet tegen de vaste tarieven, de hoogste op de Nederlandse elektriciteitsmarkt waren.[25] Hoge tarieven en hoge mark-ups leiden tot een verhoogd risico dat afnemers van variabele tarieven een onredelijk tarief betalen.

34. Ten tweede is de concentratiegraad op de Nederlandse energiemarkt nog steeds hoog. Op concernniveau bedraagt deze graad van de grootste drie leveranciers voor alle tarieven op dit moment 72%. Het concentratieniveau voor producten met een variabel tarief op concernniveau ligt echter op 82%. Daarnaast neemt de helft van de Nederlandse afnemers elektriciteit af tegen een variabel tarief. Samen met het gestelde in het voorgaande randnummer, betekent dit dat er een substantieel risico bestaat dat deze omvangrijke groep kleinverbruikers geconfronteerd wordt met tarieven die ten opzichte van de directe kosten te ver uitlopen en in sommige gevallen onredelijk worden. Dit is juist de groep die de wetgever bij de invoering van artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, van de Elektriciteitswet 1998 heeft willen beschermen. Deze bescherming is, gezien de omvang van de groep, nog steeds passend en geboden.

35. Ten derde kan, zoals hiervoor is uiteengezet, op dit moment niet op een andere wijze worden geborgd dat energieleveranciers redelijke tarieven rekenen aan kleinverbruikers. De verplichtingen, voortvloeiend uit de huidige wet- en regelgeving, hebben vooral betrekking op de te betrachten transparantie richting consumenten. Dit moet ertoe leiden dat consumenten meer en bewuster kunnen gaan kiezen voor energieproducten. Tot nu toe is het overgrote deel van de consumenten onvoldoende in staat gebleken om dat te doen. Daarmee zijn zij niet in staat voldoende tegenwicht te bieden aan de leveranciers. Dat is de reden waarom de vangnetregeling nu nog steeds bestaat.

36. **De ACM volgt Nuon niet in het betoog dat de vangnetregeling voor haar bedrijfsvoering onevenredig uitpakt.** Zoals in het bestreden besluit is toegelicht,[26] biedt het beoordelingsmodel, dat is gebaseerd op een benchmarkonderzoek, veel ruimte aan leveranciers om een eigen bedrijfsmodel te hanteren en een - ten opzichte van elkaar - onderscheiden concurrentiestrategie te voeren. Zo heeft de ACM er bij de brutomarge voor gekozen om niet op het niveau van de meest of de gemiddelde kostenefficiënte leverancier uit te komen. De hoogte van de brutomarge heeft de ACM vastgesteld op het niveau van de laagste brutomarge, vermeerderd met 75% van het verschil tussen de laagste en de hoogste

[24] Een illustratie hiervan is terug te vinden in Ofgem-rapport, p. 31, figuur 2.12.
[25] 2017 Handbook for National Energy Regulators: Pilots, p. 38 en p. 42-43, metric 7 en 8 (1.19 & 1.21), https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/9c5ab22b-9dd7-e56a-7793-a7baee59cb2e.
[26] Randnummers 26, 35 en 38.

brutomarge die zijn weergegeven in het benchmarkonderzoek. Onder dit plafond kan voldoende marktwerking plaatsvinden en kan worden geborgd dat leveranciers redelijke tarieven in rekening brengen voor kleinverbruikers. Overigens is het wel zo dat leveranciers moeten incalculeren dat zij redelijke tarieven rekenen voor kleinverbruikers. Dat er onzekerheid bestaat over de te hanteren brutomarge nu de ACM het maximaal redelijke tarief niet openbaar maakt, is te relateren aan de doelstelling van de vangnetregeling. Nuon heeft niet aannemelijk kunnen maken dat de prijsvorming hierdoor substantieel wordt belemmerd.

37. Gedurende de tijd dat de ACM haar toezicht uitvoert op grond van artikel 95b, eerste tot en met vierde lid, is Nuon de eerste leverancier waaraan de ACM een maximumtarief heeft opgelegd. Daarnaast is het zo dat in de eerste helft van 2017 alleen Nuon is verplicht om haar tarief aan te passen en er geen enkel ander tarief van welke leverancier dan ook is aangepast voor de betreffende periode, zelfs niet vrijwillig. De ACM acht ook hierom niet aannemelijk dat de vangnetregeling een belemmering is voor de bedrijfsvoering van leveranciers op de elektriciteitsmarkt. Dat de ingreep volgens Nuon maar een beperkt financieel belang vertegenwoordigt (klanten hebben € 0,48 per maand te veel betaald), leidt er niet toe dat de ACM geen maximumtarieven heeft mogen opleggen. Allereerst is het absolute bedrag op het totaal aantal klanten van de desbetreffende producten behoorlijk hoog. Los daarvan gaat het primair om de vaststelling dat Nuon in dit geval het maximaal redelijke tarief heeft overschreden en daarvoor geen toereikende verklaring heeft kunnen geven. Door Nuon hierop te corrigeren, wordt recht gedaan aan het - ook in Europa erkende - belang om kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven.

38. De ACM volgt Nuon tot slot niet in haar stelling dat de vangnetregeling een onevenredige impact heeft op haar businessplanning, waaronder de investeringsruimte en nieuwe programma's als die van Nuon Blijven Loont.

39. Uit openbare informatie[27] blijkt dat Nuon Blijven Loont beschikbaar is voor afnemers die zowel elektriciteit of warmte als gas afnemen bij Nuon. Deze per jaar oplopende korting geldt alleen voor het verbruiksafhankelijke deel van het leveringstarief. Nuon beschouwt een contract met Nuon Blijven Loont als een nieuw contract. Afnemers met een bestaand variabel contract moeten dus bewust kiezen voor een nieuw variabel contract met Nuon Blijven Loont. Deze korting krijgen klanten daarmee niet automatisch.

40. Bij het maken van de keuze voor zo'n nieuw programma zal Nuon moeten meewegen dat zij bij alle kleinverbruikers op redelijke tarieven uitkomt. De ACM heeft geen aanwijzingen dat het aanbieden van het programma Nuon Blijven Loont onmogelijk is. Allereerst wijst de ACM erop dat Nuon Blijven Loont bij *single fuel*-afnemers - waar het bestreden besluit op ziet - niet relevant is, omdat dit programma alleen geldt voor *dual fuel*-afnemers.[28] Los hiervan zou Nuon ervoor kunnen kiezen om dit programma ook voor alle 'slapers'[29] te laten gelden, dan wel lagere kortingspercentages te geven, zodat degenen die er geen gebruik van maken eveneens een tarief krijgen dat niet onredelijk is. Zolang Nuon dus bij toepassing van Nuon Blijven Loont op redelijke tarieven uitkomt, zal de vangnetregeling hiervoor geen belemmering vormen.

41. **Het voorstel van de Europese Commissie[30] om prijsregulering op termijn af te schaffen kan niet tot de conclusie leiden dat de vangnetregeling op dit moment overbodig is.** Dit voorstel wordt op dit moment behandeld door de Raad en het Europees Parlement en moet nog

[27] https://www.nuon.nl/service/contract/blijven-loont.
[28] Zie https://energeia.nl/energeia-artikel/40062003/rcc-nuon-beloont-niet-iedere-klant-die-blijft.
[29] Dit zijn klanten die niet overstappen.
[30] Zie http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/NL/COM-2016-864-F1-NL-MAIN-PART-1.PDF.

worden aangenomen. Het is nog allerminst zeker of dit voorstel wordt omarmd. Bovendien, als het tot een herziening van richtlijn 2009/72/EG komt, moeten de verplichtingen gedurende de implementatietermijn worden omgezet in Nederlandse wetgeving. Het is dus voorbarig om onder verwijzing naar het voorstel van de Europese Commissie te betogen dat de vangnetregeling nu niet langer gehandhaafd kan worden. Dat, zoals Nuon betoogt, de Nederlandse regering heeft laten weten een voorstander te zijn van afschaffing van prijsregulering binnen de Europese Unie, moet vooral worden gezien vanuit het perspectief dat de Nederlandse regering de gedachte ondersteunt dat er op de Europese energiemarkt volledige marktwerking komt, zonder dat lidstaten zelf vooraf de prijs reguleren.

**IV. De vangnetregeling is beperkt tot de doelgroep van deze maatregel**

42. **De vangnetregeling is beperkt tot kleinverbruikers en daarmee tot de doelgroep van deze maatregel.** Uit artikel 95b, derde lid, gelezen in samenhang met artikel 95a, eerste lid, blijkt dat de vangnetregeling voor kleinverbruikers geldt. Nuon stelt dat dit in strijd is met de Europese regelgeving omdat deze bepaling geen onderscheid maakt tussen consumenten enerzijds en kleinzakelijke afnemers anderzijds. Anders dan Nuon betoogt, is het betrekken van kleinere ondernemingen door de wetgever bij de vangnetregeling niet in strijd met richtlijn 2009/72/EG. Artikel 3, tweede en derde lid, staat dit immers uitdrukkelijk toe. In punt 50 van de considerans wordt opgemerkt dat: “de burgers van de Unie en, waar dit door de lidstaten opportuun wordt geacht, kleine ondernemingen, aanspraak (dienen) te hebben op openbaredienstverplichtingen vooral waar het gaat om leverings- en voorzieningszekerheid en redelijke prijzen (onderstreping toegevoegd)”. Dat artikel 95, eerste tot en met vierde lid, zich mede uitstrekt tot kleinere ondernemingen is dus niet in strijd met richtlijn 2009/72/EG. Overigens maakt de ACM dit onderscheid wel in de uitvoering, zodat dit geen reden is om het bestreden besluit te herroepen.

43. De vangnetregeling verschilt in belangrijke mate van het geval in het arrest Federutility. In dat geval kon het Hof van Justitie niet vaststellen of de referentieprijzen gelijkelijk ten goede kwamen aan particulieren en ondernemingen. Ook het arrest Anode verschilt op dat punt van dit geval. Voor het Hof van Justitie was niet duidelijk of gereguleerde prijzen die aan particulieren en kleine ondernemingen ten goede komen, in een evenredige mate zich verhoudt tot de doelstellingen van leverings- en voorzieningszekerheid en territoriale samenhang

### 4.3.3 De vangnetregeling is duidelijk gedefinieerd en niet-discriminatoir

44. **De verplichting van artikel 95b is helder en iedere leverancier kan, nu deze zelf verantwoordelijk is voor de prijsvorming, zijn eigen bedrijfsmodel hierop inrichten**. In artikel 95b, eerste lid, staat dat energieleveranciers een redelijk tarief moeten rekenen voor kleinverbruikers. In het derde lid is duidelijk gemaakt wat een redelijk tarief inhoudt: de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering moeten in voldoende mate tot kostenverlaging leiden. Het is een doelvoorschrift dat zich richt op de leveranciers. De ACM volgt Nuon niet in het betoog dat het voor leveranciers onmogelijk is om een redelijke prijs vast te stellen. Voormelde beschrijving biedt de leveranciers een goed handvat om een redelijk tarief vast te stellen. Verder hanteert de ACM, zoals eerder opgemerkt, bewust een ruime bandbreedte, zodat leveranciers genoeg ruimte hebben om uiteindelijk tarieven vast te stellen die redelijk zijn. [VERTROUWELIJK] Dat er geen nadere (beleids-)regels zijn vastgesteld die een nadere invulling geven aan wat een redelijk tarief inhoudt,[31] rechtvaardigt, gelet op het voorgaande, niet de conclusie dat de vangnetregeling onvoldoende duidelijk is gedefinieerd.

[31] Zie de mogelijkheid hiertoe in artikel 95b, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998.

45. **De verplichting van artikel 95b, eerste lid, om een redelijk tarief te hanteren, geldt voor iedere leverancier.** Het beoordelingsmodel wordt daarbij, zoals uiteengezet in het bestreden besluit, gelijkelijk op iedere leverancier toegepast. Die verplichting en de toepassing van de ACM is dus in lijn met artikel 3, eerste lid, van richtlijn 2009/72/EG, waarin staat dat lidstaten bedrijven aangaande hun rechten en verplichtingen niet verschillend mogen behandelen.

### 4.3.4 Transparantie, controleerbaarheid en verdedigingsrechten van Nuon

#### 4.3.4.1 Redenen niet openbaar maken bepaalde documenten

46. In bijlage 2 bij het bestreden besluit is een cijfermatige onderbouwing gegeven van het standpunt van de ACM dat de tarieven van Nuon onredelijk zijn. Daarbij is de titel van het benchmarkonderzoek vermeld en welk bedrijf dit onderzoek heeft uitgevoerd. Ook is vermeld van welk gemiddeld verbruik van huishoudens de ACM bij haar beoordelingsmodel uitgaat. Vervolgens zijn de aangeleverde gegevens van Nuon weergegeven en het maximaal redelijke tarief van de ACM, uitgesplist naar de inkoopkosten en de brutomarge. Verder heeft de ACM verschillende gegevens vanuit het benchmarkonderzoek gebruikt voor haar beoordelingsmodel. Zo heeft de ACM de laagste en hoogste brutomarge van leveranciers op de elektriciteitsmarkt betrokken bij het bepalen van de brutomarge. De ACM heeft de hoogte hiervan in het beoordelingsmodel vastgesteld op het niveau van de laagste brutomarge, vermeerderd met 75% van het verschil tussen de laagste en de hoogste brutomarge die zijn weergegeven in het benchmarkonderzoek.

47. Zoals hiervoor onder 8 is aangehaald, heeft de ACM een aantal redenen voor het vertrouwelijk houden van de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het maximaal redelijke tarief. Richtlijn 2009/72/EG heeft als doel om een geleidelijke en volledige liberalisering van de elektriciteitsmarkt tot stand te brengen. De wetgever hecht zeer aan marktwerking op de elektriciteitsmarkt en wil die marktwerking zo min mogelijk belemmeren. Hieruit vloeit de keuze van de ACM voor het huidige beoordelingsmodel uit voort, dat enerzijds garandeert dat leveranciers in het proces van onderlinge concurrentie veel ruimte hebben om zelf tarieven voor elektriciteit vast te stellen en anderzijds te waarborgen dat de prijs van elektriciteit voor kleinverbruikers op een redelijk niveau wordt vastgesteld.

48. Openbaarmaking van de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het maximaal redelijke tarief van de ACM kan tot gevolg hebben dat leveranciers dat tarief laten meewegen bij hun prijsvorming of in het ergste geval dat tarief hanteren als eindprijs. Dit schaadt de marktwerking op de elektriciteitsmarkt of schakelt deze, in het ergste geval, nagenoeg uit. De ACM heeft dan ook een zwaarwegend belang om de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het maximaal redelijke tarief niet openbaar te maken. Ook als dit alleen bekend is bij een of een beperkt aantal ondernemingen zou een ongewenste situatie ontstaan. Die ondernemingen zouden dan een voordeel hebben ten opzichte van concurrenten die hiermee niet bekend zijn. Ook om die reden kunnen de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het maximaal redelijke tarief niet openbaar worden bekend gemaakt.

49. Het benchmarkonderzoek bevat gegevens van leveranciers die actief zijn op de Nederlandse elektriciteitsmarkt en die gegevens zijn gebruikt bij het opzetten van het beoordelingsmodel. Het beoordelingsmodel wordt gebruikt om toezicht te houden op leveranciers. Dit onderzoek kan daarom niet openbaar worden gemaakt.

#### 4.3.4.2 Reactie op gronden Nuon

50. De ACM is ingevolge artikel 7:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehouden om het bezwaarschrift en alle op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan de hoorzitting voor Nuon ter inzage te leggen. De cijfermatige onderbouwing van het standpunt van de onredelijkheid van de tarieven van Nuon in bijlage 2 bij het bestreden besluit, de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het benchmarkonderzoek zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Op het moment dat Nuon kennisneemt van de berekening behorend bij het beoordelingsmodel dan wel bijlage 2 wordt zij bekend met (i) het maximaal redelijke tarief van de ACM, (ii) het gemiddeld verbruik dat de ACM in het beoordelingsmodel tot uitgangspunt neemt en (iii) het benchmarkonderzoek. In dit geval heeft de ACM, gelet op de eerdere randnummers, echter gewichtige redenen, als bedoeld in het zesde lid, om terinzagelegging van voormelde stukken voor Nuon achterwege te laten.

51. Inzage van Nuon in de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en bijlage 2 bij het bestreden besluit leidt ertoe dat zij bekend wordt met het maximaal redelijke tarief van de ACM.[32] Dit kan een negatieve impact hebben op het marktproces. Zo kan er prijsconvergentie op de Nederlandse elektriciteitsmarkt ontstaan. De ACM vindt hiervoor steun in het rapport van Ofgem van 31 oktober 2017. Uit dat rapport, en uit het in voetnoot 2 van het bestreden besluit genoemde rapport van Ofgem, blijkt dat in Engeland verschillende leveranciers na introductie van een maximumprijs herhaaldelijk naar die prijs zijn geconvergeerd.[33] Het scenario dat zich op de Engelse elektriciteitsmarkt heeft voorgedaan, kan zich op de Nederlandse markt ook voordoen. Zo'n situatie is niet in lijn met de bedoeling van de Nederlandse en Europese wetgever om zo'n volledig mogelijke marktwerking te hebben op de elektriciteitsmarkt.[34]

52. De stelling van Nuon in de reactie op dit rapport dat de Britse markt niet vergelijkbaar is met de Nederlandse markt, volgt de ACM niet. Uit het rapport blijkt dat de variabele tarieven in Engeland over het algemeen hoger zijn dan de vaste tarieven.[35] Dat beeld komt overeen met de Nederlandse situatie. Uit de Energiemonitor van 2015, de eerste helft van 2016 en 2017 blijkt dat de variabele tarieven in Nederland gemiddeld genomen hoger zijn dan de vaste tarieven.[36] Dat, zoals Nuon stelt, de Nederlandse elektriciteitsmarkt behoorlijk competitief is, sluit prijsconvergentie niet uit. Uit de ACER CEER MMR 2015[37] blijkt dat de Britse markt nagenoeg even competitief is als de Nederlandse markt, terwijl hier tegelijkertijd door de introductie van een maximumprijs ook prijsconvergentie heeft plaatsgevonden. Vanwege het risico van prijsconvergentie heeft de ACM een zwaarwegend belang om de berekening behorend bij het beoordelingsmodel en het maximaal redelijke tarief voor Nuon vertrouwelijk te houden.

53. **De ACM volgt Nuon niet in het betoog dat zij aldus het transparantiebeginsel uit richtlijn 2009/72/EG schendt.** Naar het oordeel van de ACM strekt dit transparantiebeginsel niet zover dat zij stukken waarvoor gewichtige redenen bestaan om daar geen inzage in te geven, toch openbaar moet maken. In dit verband laat de ACM meewegen dat zij in het bestreden besluit uitvoerig heeft uiteengezet uit welke componenten het beoordelingsmodel bestaat en hoe de

[32] Daarnaast verkrijgt zij een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel ten opzichte van haar concurrenten.
[33] Pagina 32, figuur 2.13.
[34] Kamerstukken II, 2003/04, 28 982, nr. 12, p. 14-15.
[35] Pagina 31, figuur 2.12.
[36] 2017 Handbook for National Energy Regulators: Pilots, p. 38 en p. 42-43, metric 7 en 8 (1.19 & 1.21), https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/9c5ab22b-9dd7-e56a-7793-a7baee59cb2e.
[37] ACER Marketing Monitoring Report 2015 – ELECTRICITY AND GAS RETAIL MARKETS van 9 november 2016, p. 34, punt 87, https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Market%20Monitoring%20Report%202015%20-%20ELECTRICITY%20AND%20GAS%20RETAIL%20MARKETS.pdf.

ACM dit model toepast. Deze uiteenzetting, gecombineerd met de kruispuntgesprekken die bij de eerdere tariefbeoordelingen hebben plaatsgevonden, geven Nuon voldoende informatie om vast te stellen waarom haar tarieven onredelijk zijn.

54. **Dat Nuon niet in staat is gesteld om het bestreden besluit te controleren volgt de ACM niet.** Om Nuon de mogelijkheid te bieden zich adequaat tegen het bestreden besluit te verdedigen, heeft de ACM Nuon in de bezwaarfase, eerst telefonisch en daarna bij brief van 25 april 2018,[38] het aanbod gedaan om, na ondertekening door de advocaat van een geheimhoudingsovereenkomst, haar advocaat in een dataroom bij de ACM kennis te laten nemen van de vertrouwelijke bijlage 2. Na kennisname hiervan zou de advocaat de gelegenheid hebben gekregen een vertrouwelijke aanvulling van de bezwaargronden bij de ACM in te dienen en tegelijkertijd een dataroomverslag te verstrekken aan Nuon. De ACM heeft daarbij te kennen gegeven dat de advocaat mag worden bijgestaan door een financieel deskundige om daarmee - voor zover dit noodzakelijk is voor de effectuering van de rechten van verdediging van Nuon - op een behoorlijke wijze de belangen van Nuon te kunnen behartigen. Aldus wordt tegemoetgekomen aan het bezwaar van Nuon dat haar advocaat niet in staat zou zijn zelfstandig verweer te voeren. Met dit aanbod heeft de ACM een goed evenwicht gevonden tussen enerzijds het zwaarwegend belang om voormelde documenten voor Nuon vertrouwelijk te houden en anderzijds het belang van Nuon om zich afdoende tegen het bestreden besluit te kunnen verdedigen. De ACM wijst erop dat in dit soort gevallen een dataroomprocedure uitkomst kan bieden en daarmee voldoende recht kan worden gedaan aan het verdedigingsbelang van een partij als Nuon.[39]

55. Nuon heeft echter geen gebruik gemaakt van het aanbod van de ACM. Nu de ACM een zwaarwegend belang heeft om bepaalde documentatie vertrouwelijk te houden, mag van Nuon een zekere inspanning worden verwacht om haar rechten van verdediging te effectueren. De ACM ziet bovendien niet in waarom de dataroomprocedure onvoldoende adequaat zou zijn voor Nuon. Nu Nuon dit aanbod heeft geweigerd, kan zij niet met succes betogen dat zij onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om het bestreden besluit te controleren en zich daartegen te verdedigen. Het niet gebruik maken van deze mogelijkheid komt voorts voor rekening en risico van Nuon.[40]

56. Het beroep van Nuon in dit verband op artikel 41, tweede lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Unie kan niet slagen, omdat dit artikel niet is gericht tot de lidstaten, maar slechts tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.[41] Evenmin biedt artikel 48 van het Handvest soelaas voor Nuon, omdat dit artikel het vermoeden van onschuld en de rechten van verdediging beschermt van “eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld”. De ACM heeft Nuon geen bestuurlijke boete opgelegd, zodat dit artikel reeds hierom niet van toepassing is in dit geval.[42] Nuon komt daarmee alleen een beroep toe op het recht van verdediging als algemeen beginsel van het Unierecht. Dat beginsel vereist dat Nuon naar behoren in staat wordt gesteld om haar standpunt kenbaar te maken over elementen die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen.[43] De ACM is van oordeel dat zij deze gelegenheid voldoende aan Nuon heeft geboden. Nuon kan zich in deze bezwaarprocedure tegen het overgrote deel van het bestreden besluit adequaat verweren. Voor zover het de vertrouwelijke cijfermatige

[38] ACM/UIT/493540.
[39] Vergelijk Rb. Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10082, r.o. 5. Dit betreft de beslissing van de rechter-commissaris, waarbij deze zich heeft uitgelaten over de vraag of beperkte kennisneming van dossierstukken, gelet op artikel 8:29 van de Awb, gerechtvaardigd is. Daarbij heeft de rechter-commissaris ook een dataroomprocedure toegepast.
[40] Vergelijk ECLI:NL:RBROT:2018:2818, r.o. 4.5.
[41] ECLI:EU:C:2014:2336, punt 44.
[42] ECLI:EU:C:2015:832, punt 83.
[43] ECLI:EU:C:2015:832, punt 84.

onderbouwing in bijlage 2 betreft, heeft de ACM met het aanbieden van de dataroom Nuon voldoende in staat gesteld om zich met behulp van haar advocaat en een financieel deskundige daartegen te verweren. De ACM ziet dan ook niet in dat voormeld beginsel in dit geval is geschonden.

57. De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 mei 2017[44] en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 15 juni 2017[45] zijn niet te vergelijken met dit geval. Inzicht bieden in de toepassing van de Programma Aanpak Stikstof in een concreet geval (uitspraak van 17 mei 2017) en openbaarmaking van het boetebeleid en daarmee verbonden mogelijk calculerend gedrag (uitspraak van 15 juni 2017) zijn van een geheel andere orde dan het vertrouwelijk houden van voormelde documenten op grond van artikel 7:4, zesde lid, Awb. Het beroep van Nuon op die uitspraken slaagt niet.

58. De ACM gaat tot slot niet mee in het bezwaar van Nuon dat het vertrouwelijk houden van voormelde documenten tot gevolg heeft dat de rechter dit besluit niet kan toetsen. Deze conclusie kan niet worden getrokken louter vanwege het feit dat Nuon zelf geen kennis hiervan kan nemen. Het systeem van artikel 8:29 Awb staat namelijk toe dat de bestuursrechter de vertrouwelijke documenten als enige wel ziet, mits Nuon daar toestemming voor geeft. Deze documentatie kan de bestuursrechter betrekken bij zijn toetsing van het besluit op bezwaar. Daarmee kan een adequate toetsing door de bestuursrechter plaatsvinden.

## 4.4 Eindconclusie

59. De ACM komt tot de conclusie dat de vangnetregeling en de toepassing hiervan in het bestreden besluit in overeenstemming zijn met artikel 3, tweede lid, Richtlijn 2009/72/EG en artikel 106 VWEU. De ACM handhaaft, onder aanvulling van de motivering, het bestreden besluit. De ACM is in heroverweging van oordeel dat zij voor de producten Nuon Stroom Standaardprijs en Nuon Modelcontract Stroom over de periode 1 januari 2017 tot en met 30 juni 2017 terecht twee maximumtarieven aan Nuon heeft opgelegd.

## 4.5 Proceskostenvergoeding

60. Omdat de ACM het bestreden besluit niet herroept, bestaat er geen aanleiding voor het toekennen van een proceskostenvergoeding.

[44] ECLI:NL:RVS:2017:1259; r.o. 14.3 en 14.4.
[45] ECLI:NL:CBB:2017:223; r.o. 4.

# 5 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart een bezwaargrond van N.V. Nuon Sales Nederland gegrond, de overige bezwaargronden ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van de motivering, het besluit van 21 november 2017, zoals aangevuld bij besluit van 21 december 2017;

II. wijst het verzoek van N.V. Nuon Sales Nederland om een proceskostenvergoeding af.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.
drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
bestuurslid

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.*

# Bijlage 1: Juridisch kader

**Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie**

Artikel 106

1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.
2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
3. De commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.

**Richtlijn 2009/72/EG**

Artikel 3

1. De lidstaten waarborgen op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel dat elektriciteitsbedrijven, onverminderd lid 2, volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een door concurrentie gekenmerkte, zeker een in milieuopzicht duurzame elektriciteitsmarkt; wat hun rechten en plichten betreft, mogen zij deze bedrijven niet verschillend behandelen.
2. Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringenzijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen zijn duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar en waarborgen de gelijke toegang voor communautaire elektriciteitsbedrijven tot nationale consumenten waarborgen. Met betrekking tot leverings- en voorzieningszekerheid en energie-efficiëntie/vraagzijdebeheer, alsmede ter verwezenlijking van milieudoelstellingen en doelstellingen voor energie uit hernieuwbare bronnen in de zin van dit lid, kunnen de lidstaten gebruikmaken van planning op lange termijn, daarbij rekening houdend met de mogelijkheid dat derden toegang tot het systeemwensen.
3. De lidstaten waarborgen dat alle huishoudelijke afnemers en, indien zij dat dienstig achten, kleine ondernemingen, namelijk ondernemingen die minder dan 50 personen in dienst hebben en met een jaaromzet of een financiële balans van ten hoogste10 miljoen EUR, aanspraak kunnen maken op universele dienstverlening, dat wil zeggen het recht op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen op hun grondgebied. Om de universele dienstverlening te waarborgen, kunnen de lidstaten een noodleverancier aanwijzen. De lidstaten verplichten distributiebedrijven om afnemers op hun net aan te sluiten overeenkomstig de voorwaarden en tarieven die zijn vastgesteld volgens de procedure van artikel 37, lid 6.

Niets in deze richtlijn mag de lidstaten ervan weerhouden om de marktpositie van de huishoudelijke, kleine en middelgrote consumenten te versterken door de mogelijkheden van vrijwillige gezamenlijke vertegenwoordiging voor deze groep consumenten te bevorderen.

Aan de eerste alinea van dit lid wordt uitvoering gegeven op transparante en niet-discriminerende wijze en zonder een belemmering te vormen voor de in artikel 33 voorgeschreven openstelling van de markt.

**Elektriciteitswet 1998**

Artikel 95a

1. Het is verboden zonder vergunning elektriciteit te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A.
2. Het verbod geldt niet ten aanzien van het leveren van elektriciteit:
    a. Indien de elektriciteit is opgewekt met een installatie die voor rekening en risico van de afnemer, alleen of, voor een evenredig deel, tezamen met andere afnemers, in werking wordt gehouden en de afnemer de geleverde elektriciteit verbruikt;
    b. Door een buiten Nederland gevestigde leverancier van elektriciteit aan ten hoogste 500 afnemers, bedoeld in het eerste lid, die wonen in gebieden aan de Nederlandse landsgrens;
    c. indien de afnemer aan dezelfde rechtspersoon toebehoort als de producent die de elektriciteit heeft opgewekt dan wel een dochtermaatschappij daarvan in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de afnemer de geleverde elektriciteit verbruikt, of
    d. indien de elektriciteit anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd overeenkomstig bij ministeriële regeling te stellen regels;
    e. indien de elektriciteit wordt geleverd in het kader van een overeenkomst als bedoeld in artikel 95n.

Artikel 95b

1. Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit aan iedere in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt. De voorwaarden zijn in ieder geval niet redelijk als zij niet in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens artikel 95m. Artikel 26a, vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.
2. Een houder van een vergunning verschaft de Autoriteit Consument en Markt ieder jaar en vier weken voor de wijziging van de tarieven een opgave van de tarieven die hij berekent en de voorwaarden die hij gebruikt bij de levering van elektriciteit aan de in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemers.
3. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat de tarieven die houders van een vergunning berekenen onredelijk zijn, omdat daarin de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering, die mede inhoudt de inkoop van elektriciteit en van energiebronnen bestemd voor opwekking daarvan, in onvoldoende mate leiden tot kostenverlaging, kan zij een tarief vaststellen dat leveranciers ten hoogste mogen berekenen voor de levering van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid.
4. Na de vaststelling van het maximumtarief, bedoeld in het derde lid, worden de tarieven voor de levering van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid die hoger zijn dan dat maximumtarief, van rechtswege gesteld op dat maximumtarief.
5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de bepaling of de tarieven, bedoeld in het tweede lid, onredelijk zijn en tot vaststelling van het

maximumtarief, bedoeld in het derde lid. De voordracht voor een krachtens dit lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

6. Het tweede tot en met het zesde lid vervallen op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. De voordracht voor een krachtens dit lid vast te stellen koninklijk besluit wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.
7. Een netbeheerder en een vergunninghouder voeren een beleid, gericht op het voorkomen van het afsluiten van een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, in het bijzonder in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar.
8. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld over het beëindigen van de levering van elektriciteit aan een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, alsmede over preventieve maatregelen om de afsluiting van dergelijke afnemers zoveel mogelijk te voorkomen. Deze regels houden in ieder geval in dat een afnemer niet wordt afgesloten in de periode van 1 oktober tot 1 april van enig jaar, behoudens in gevallen die in de regeling zijn aangegeven.
9. De in het achtste lid bedoelde preventieve maatregelen kunnen tevens inhouden dat in daarbij omschreven gevallen met in die regeling aangeduide instanties overleg wordt gepleegd alsmede dat in die gevallen aan de desbetreffende instantie in die regeling omschreven gegevens omtrent de afnemer worden verstrekt.
10. De ministeriële regeling, bedoeld in het achtste lid, wordt niet eerder vastgesteld dan nadat de gezamenlijke netbeheerders en de vergunninghouders alsmede de consumentenorganisaties in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze te geven over de inhoud van de regeling.
11. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld over het beperken van de levering van elektriciteit. Deze regels bepalen in elk geval wanneer en onder welke voorwaarden de levering van elektriciteit kan worden beperkt.
12. De Autoriteit Consument en Markt publiceert jaarlijks, op basis van de informatie verkregen op grond van het tweede lid, aanbevelingen over de conformiteit van de leveringsprijzen met artikel 3 van de richtlijn.

# Bijlage 2: Cijfermatige onderbouwing

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]