

Onderzoek naar interpretatie, toereikendheid en toepassing wettelijk kader voor toezicht op energieleveranciers

maart 2022

Prof. dr. Saskia Lavrijssen & Prof. dr. Femke de Vries

Inhoudsopgave

Management samenvatting	3
1. Introductie	9
1.1. Onderzoeksopdracht.....	9
1.2. Aanpak	9
2. Context.....	10
3. Relevant wettelijk kader	12
3.1. Doelstellingen wettelijk kader	12
3.2. De vergunningverlening.....	13
3.3. Voorschriften aan de vergunning	16
3.4. Toezicht.....	16
3.5. Intrekken vergunning.....	16
3.6. Faillissement energieleverancier	17
3.7. Concept Energiewet.....	18
3.7.1.Nadere invulling van de organisatorische, financiële en administratieve kwaliteiten alsmede voldoende deskundigheid.....	19
3.8. Conclusie wettelijk kader Elektriciteitswet en Gaswet.....	19
4. Werkwijze bij het toezicht op energieleveranciers.....	21
4.1. Vergunningverlening.....	21
4.1.1. Interpretatie en beoordeling financiële, organisatorische en technische kwaliteiten.....	21
4.1.2. Het stellen van eisen aan de financiële gezondheid, de beheersing van risico's of het bedrijfsmodel en de deskundigheid van bestuurders.....	24
4.1.3 Overwegingen bij de aanbevelingen uit paragraaf 4.1.1.2. en 4.1.2.2.....	25
4.2. Doorlopend Toezicht.....	25
4.2.1. Bevindingen.....	25
4.2.2. Aanbevelingen:	26
4.3. Vergunningintrekking, faillissement en afwikkeling.....	26
4.3.1. Bevindingen.....	26
4.3.2. Aanbevelingen:	27
4.4. Informatievoorziening consument.....	27
4.5. Bescherming en vangnet kwetsbare consumenten.....	27
4.5.1. Aanbeveling.....	28
4.6.Onderliggende overtuigingen	28
4.6.1. Aanbeveling.....	28
5. Conclusie	29
6. Aanbevelingen	30
7. Bijlage	31

Management samenvatting

In 2021 gingen er 6 energieleveranciers failliet. Als gevolg daarvan werden klanten van deze partijen gedupeerd doordat aan de energieleverancier betaalde voorschotten verloren gingen. Ook moesten klanten na het faillissement van hun energieleverancier bij een nieuwe leverancier -onder meer- door gestegen energieprijzen een contract afsluiten tegen vaak ongunstigere voorwaarden. Naast deze schade voor individuele klanten, hebben de faillissementen mogelijk geleid tot maatschappelijke schade door de onrust die hierdoor is veroorzaakt en het mogelijke effect daarvan op het vertrouwen van consumenten in de markt. Een verlies van vertrouwen in de stabiliteit van energieleveranciers zou zelfs effect kunnen hebben op het overstapedrag van consumenten.

De ACM heeft ons verzocht een onderzoek uit te voeren naar haar toezicht op energieleveranciers. Daarbij heeft de ACM ons gevraagd in te gaan op de vraag of de ACM de bevoegdheden die zij heeft op grond van huidige wet- en regelgeving juist heeft geïnterpreteerd en te bezien welke eventuele aanvullende bevoegdheden de ACM in de toekomst nodig heeft om de bescherming van consumenten (nog) beter te kunnen borgen.

In het kader van dit onderzoek hebben wij de relevante Europese en nationale wetgeving, beleidsdocumenten en werkinstructies van de ACM bestudeerd en gesprekken gevoerd met vijftien personen. Negen daarvan zijn werkzaam bij de ACM en zes personen werken buiten de ACM, daaronder zijn experts uit het veld en uit de academische wereld in binnen- en buitenland, een vertegenwoordiger van het beleidsverantwoordelijke departement Economische Zaken en Klimaat en van buitenlandse toezichthouders. Een overzicht van geïnterviewde personen met hun functiebenaming is opgenomen in de bijlage van dit rapport.

In dit rapport gaan wij in op de toereikendheid van de wettelijke bevoegdheden van de ACM en op de interpretatie van die bevoegdheden door de ACM. Wij doen een aantal aanbevelingen aan zowel de wetgever als de ACM voor het versterken van het toezicht op de energieleveranciers en de wettelijke bevoegdheden. Het rapport doet een aantal aanbevelingen om het toezicht op de energieleveranciers te versterken.

Voor een goede duiding van ons rapport en onze conclusies en aanbevelingen is een aantal zaken vooraf van belang:

1. **Faillissementen in de energiesector zijn veroorzaakt door een complex samenspel van factoren.** Hoewel wij concluderen dat de Minister van Economische Zaken, en Klimaat en (namens de Minister) de ACM hun bevoegdheden ruimer hadden kunnen interpreteren betekent dit niet dat wij van mening zijn dat daardoor de faillissementen in de energiesector voorkomen hadden kunnen worden. Bij deze faillissementen hebben meerdere factoren een rol gespeeld zoals risicovolle inkoopstrategieën en financiële kwetsbaarheid van een aantal vergunninghouders maar ook een onvoorziene stijging van de gasprijzen veroorzaakt door geopolitieke en macro-economische omstandigheden. Ons inziens kan daarom niet worden geconcludeerd dat de ACM de faillissementen had kunnen voorkomen indien zij anders had gehandeld. Toezicht is geen garantie dat vergunninghoudende entiteiten niet failliet gaan.
2. **Dit rapport gaat niet in op het toezicht van de ACM in individuele gevallen.** Onze onderzoeksopdracht zag op de interpretatie van de wettelijke bevoegdheden door de ACM en eventuele noodzakelijke aanvullingen op die wettelijke bevoegdheden. Wij kunnen daarom geen conclusies trekken over individuele gevallen. Wij hebben wel inzage gehad in een toezichtdossier en met de geïnterviewden uitgebreid gesproken over de praktijk van toezicht en vergunningverlening.
3. **De bevoegdheid tot vergunningverlening is een gemandateerde bevoegdheid.** Dit betekent dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat volledig verantwoordelijk blijft voor de gemandateerde bevoegdheid en de ACM algemene en specifieke instructies mag geven inzake deze bevoegdheid. Buiten de Besluiten vergunningverlening gas en elektriciteit, heeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat de ACM tot op heden geen specifieke of algemene aanwijzingen gegeven inzake de wijze waarop de vergunningverleningsbevoegdheid moet worden ingevuld.
4. **Dit rapport richt zich op wat er beter kan in het toezicht op energieleveranciers en niet of nauwelijks op wat er goed gaat.** Onze opdracht was te onderzoeken of de ACM haar bevoegdheden juist interpreteert en welke aanvullingen op die bevoegdheden noodzakelijk zijn voor de toekomst. Deze opdracht brengt logischerwijs met zich dat wij ons vooral hebben gericht op wat beter kan en veel minder op wat er al goed gaat. Daarmee doet dit rapport minder recht aan wat er goed gaat in het toezicht van de ACM op energieleveranciers.
5. **De praktijk van het financieel toezicht biedt nuttige inzichten maar is vanzelfsprekend geen panacee.** Wij verwijzen in het rapport op meerdere plaatsen naar de praktijk van het financieel toezicht. De ACM heeft ons expliciet verzocht deze praktijk in ons onderzoek te betrekken omdat in het toezicht op de financiële sector na de crisis in de jaren 2010 en verder, meerdere aanpassingen zijn gedaan die tot doel hadden vergunninghouders weerbaarder te maken in crisissituaties en het toezicht in algemene zin te versterken door, onder meer, het stellen van geschiktheidseisen aan bestuurders. Wij beogen hiermee niet te zeggen dat de getroffen maatregelen in het financieel toezicht elk toekomstig probleem zullen voorkomen. Wij denken wel dat het zinvol is om te leren van de maatregelen die de afgelopen tien jaar in het financieel toezicht zijn geïntroduceerd. In onze gesprekken met buitenlandse toezichthouders hebben wij vastgesteld dat ook andere toezichthouders zich door het financieel toezicht laten inspireren.
6. **De context waarin het toezicht op energieleveranciers zich afspeelt is de afgelopen jaren veranderd.** In het kader van dit onderzoek is het belangrijk op te merken dat de context waarin het toezicht op energieleveranciers zich afspeelt in de afgelopen jaren is veranderd. De ACM is in 2013 ontstaan door een fusie van drie toezichthouders, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Voor 2013 werd het toezicht op de energiemarkt uitgevoerd door de energiekamer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Bij het ontwerp en de inrichting van het toezicht op de energieleveranciers waren de marktomstandigheden anders dan nu. Huishoudelijke afnemers hebben pas sinds 2004 keuzevrijheid

bij het afsluiten van energiecontracten. Aanvankelijk was de markt stabiel en was er een beperkt aantal overstappende consumenten en een beperkt aantal energieleveranciers actief op de Nederlandse markt. Inmiddels zijn op de energiemarkt in Nederland zo'n 60 aanbieders actief, is het aantal klanten dat overstapt sterk toegenomen en zijn de energieprijzen met name in het afgelopen jaar sterk gestegen. Deze stijgende energieprijzen hebben een belangrijke rol gespeeld bij een aantal faillissementen, omdat leveranciers lange termijncontracten sloten met klanten maar bij de inkoop van energie hogere prijzen moesten betalen dan de prijs die ze berekenden aan hun klant.

De conclusies van ons rapport moeten dan ook in het licht van het bovenstaande worden gelezen.

De wettelijke vereisten aan energieleveranciers zijn beperkt nader ingevuld

Leveranciers die aan kleinverbruikers elektriciteit en/of gas willen leveren hebben een wettelijke vergunningplicht op basis van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. De ACM beslist namens de minister van EZK over de vergunningverlening. Het doel van de vergunningplicht is te waarborgen dat alleen leveranciers de markt betreden die in staat zijn om op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit en/of gas aan kleinverbruikers.

De wetgeving schrijft voor dat een vergunningaanvrager moet voldoen aan financiële, organisatorische en technische kwaliteiten. Na vergunningverlening moet de vergunninghouder doorlopend voldoen aan dezelfde wettelijke vereisten. De wetgever heeft op beperkte wijze invulling gegeven aan deze vereisten van financiële, organisatorisch en technische kwaliteiten in het Besluit vergunningverlening elektriciteit en het Besluit vergunningverlening gas.

De ACM heeft de wettelijke vereisten inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten beperkt uitgewerkt in beleid. Wat onder organisatorische en financiële kwaliteiten precies moet worden verstaan is beperkt duidelijk. De ACM heeft wel een document "Informatievoorziening op de consumentenmarkt voor energie gepubliceerd". Met dit document wil de ACM "een overzicht geven van de regels die gelden voor de informatieverstrekking bij het aanbieden en leveren van energie aan consumenten en toelichten wat de betekenis daarvan is in de visie van de ACM, zodat duidelijk is waar aanbieders zich aan moeten houden".

Ook heeft de ACM een toetsingskader gepubliceerd ten aanzien van de eisen die worden gesteld aan de administratieve organisatie. Dit is vooral een checklist voor processen die moeten zijn ingericht, zonder dat daarbij specifieke eisen worden gesteld aan de werking van deze processen. Bij de vergunningaanvraag moet de onderneming een assurance-rapport van een onafhankelijke accountant overleggen waarin deze verklaart dat aan de opzet van de administratieve organisatie is voldaan. In de beschrijving van de belangrijkste bedrijfsprocessen moeten de aanwezige risico's binnen deze processen en de wijze waarop deze risico's door de leverancier worden beheerst, worden beschreven. Er wordt tenminste een beschrijving vereist van de processen die betrekking hebben op: verkoop, inkoop, liquiditeitsbeheer en klachtenbeheer. De ACM beoordeelt bij de vergunningverlening echter alleen of de processen aanwezig zijn. Zij beoordeelt niet inhoudelijk welke risico's de onderneming denkt te gaan lopen en of er voldoende maatregelen worden getroffen om die risico's te beheersen. De ACM beoordeelt bijvoorbeeld alleen of er een proces is ingericht omtrent risicobeheer, maar niet of de onderneming mogelijke risico's als gevolg van de inkoopstrategie voldoende afdekt en of de ondernemer deskundig is om met succes de risico's op de volatiele energiemarkt te beheersen.

Ten aanzien van de financiële kwaliteiten geldt dat ondernemingen bij vergunningverlening niet hoeven te voldoen aan bepaalde eisen rondom eigen vermogen, solvabiliteit of liquiditeit. Wel wordt door de ACM in het kader van de liquiditeitsprognose beoordeeld of de onderneming in beginsel de eerste 12 maanden na het verlenen van de vergunning voldoende liquide middelen heeft om gas en elektriciteit te kunnen leveren aan kleinverbruikers. Daartoe moet de aanvrager een FIPO invullen. Daarnaast worden ook andere gegevens opgevraagd, namelijk een businessplan (indien aanwezig), jaarrekeningen/openingsbalans en eventuele verstrekte documenten over financiering, garantstellingen e.d. De ACM beoordeelt echter niet standaard het bedrijfsmodel of de vraag of de onderneming met het door haar gekozen bedrijfsmodel een duurzaam financieel gezonde onderneming kan drijven.

Na de vergunningverlening toetst de ACM wel elkaar jaar middels de FIPO of ondernemingen voldoende financieel weerbaar zijn. Dit gebeurt door middel van de uitvraag financiële positie bij alle vergunninghouders. Daarbij wordt in ieder geval elk jaar in het najaar uitgevraagd of de onderneming voldoende liquide is om gezien de beoogde inkoopstrategie, de veranderende marktsituatie en de met klanten afgesloten contracten aan zijn verplichtingen inzake de betrouwbare levering van energie te voldoen. De ACM geeft echter aan geen handhavinginstrumentarium te kunnen inzetten indien de financiële positie van de onderneming niet voldoende is om op langere termijn aan zijn verplichtingen te voldoen. Ook is de ACM van mening dat geen specifieke eisen kunnen worden gesteld aan het eigen vermogen, de liquiditeit en de solvabiliteit of aan de aanwezige risicobeheersingssystemen. In het geval de ACM zorgen heeft over de financiële positie van vergunninghouders, worden hierover wel gesprekken met de onderneming gevoerd. Als gevolg van het ontbreken van nadere wettelijke eisen ziet de ACM geen mogelijkheden om maatregelen te treffen wanneer uit de monitoring van de financiële positie blijkt dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

Na de vergunningverlening ontvangt de ACM periodiek een rapportage over de tijdigheid van facturering. Daarnaast kunnen incidenten zoals klachten van consumenten over oneerlijke handelspraktijken aanleiding zijn voor nader onderzoek of toezichtmaatregelen. Het toezicht per energieleverancier wordt binnen de ACM gecoördineerd om te zorgen dat signalen adequaat worden opgevolgd. In het toezicht is opgenomen dat accounttoezichthouders periodiek een gesprek voeren met de vergunninghouder. In het eerste jaar na vergunningverlening moet dit gesprek ten minste een keer plaatsvinden. De toezichthouder maakt daarbij gebruik van de informatie die binnen de ACM beschikbaar is waaronder de informatie over de financiële positie. Wij hebben niet gezien dat op basis van de inherente risico's van de vergunninghouder (bijvoorbeeld risico's die samenhangen met het verdienmodel of de deskundigheid van de ondernemers) een risicogebaseerd werkprogramma wordt opgesteld. De ACM heeft extern beperkt informatie gepubliceerd over hoe zij haar toezicht inricht na vergunningverlening. Deze informatie is met name gericht

op de naleving van regels inzake informatievoorziening richting consumenten en consumentenbeschermingsregels. Het extern publiceren van toezichtstrategie en -aandachtspunten en/of het handhavingsbeleid kan bijdragen aan naleving door marktpartijen.

De praktijk van het toezicht op energieleveranciers door de ACM wijkt hiermee af van bijvoorbeeld de praktijk van het financieel toezicht van De Nederlandsche Bank. In het financieel toezicht wordt bij vergunningverlening kritisch gekeken naar de houdbaarheid van het bedrijfsmodel en worden eisen gesteld aan de financiële gezondheid van de onderneming en de kwaliteit van het risicomanagement. Deze eisen maar ook de houdbaarheid van het bedrijfsmodel worden vervolgens door de toezichthouder voortdurend gemonitord. Daarnaast geldt dat na vergunningverlening op basis van een risico-analyse de werkzaamheden in het toezicht worden bepaald.

Het stellen van eisen aan de financiële gezondheid, de beheersing van risico's of het bedrijfsmodel en de deskundigheid van de bestuurders

Wij zien dat zowel de wetgever als de ACM tot op heden terughoudend invulling hebben gegeven aan de wettelijke eis dat de onderneming moet voldoen aan "financiële kwaliteiten". Afgezien van de jaarlijkse liquiditeitsprognose, stelt de ACM geen specifieke eisen aan de liquiditeit, de solvabiliteit en het eigen vermogen en aan de aanwezige risicobeheersingsystemen. De financiële positie wordt terughoudend getoetst en de continuïteit van het bedrijfsmodel van de energieleveranciers wordt niet getoetst.

Daarbij speelt aan de zijde van de ACM de overtuiging dat het niet de bedoeling van de Europese energierichtlijnen of de wetgever is dat de toetreding tot de markt op enigerlei wijze wordt belemmerd, een belangrijke rol. De overtuiging is dat de wetgeving geen ruimte biedt voor het stellen van eisen aan het bedrijfsmodel of de financiële positie van toetredende energieleveranciers en dat de ACM tot taak heeft de leveringszekerheid te borgen bij faillissementen, de consument te beschermen en oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Deze overtuiging, gebaseerd op het idee dat de toetreding tot de markt zo min mogelijk moet worden belemmerd, heeft ons inziens een belangrijke rol gespeeld bij de interpretatie van wet- en regelgeving.

Wij zijn van mening dat de minister, en namens de Minister de ACM, mede in het licht van de doelstellingen van de Europese energierichtlijnen, een aanzienlijke beoordelingsvrijheid heeft bij de invulling van de normen "financiële, technische en organisatorische kwaliteiten".

De ACM kan de eis dat moet worden voldaan aan financiële en organisatorische kwaliteiten zowel bij de beoordeling van de vergunningaanvraag als in toezicht daarna doorlopend toetsen. Daarbij zou ze moeten toezien op de vraag of de financiële positie van de onderneming voldoende is om de continuïteit te waarborgen, of genomen risico's acceptabel zijn en of risicobeheersingssystemen voldoende adequaat zijn om deze risico's tegen te gaan.

De ACM zou ons inziens deze eisen kunnen uitwerken in beleidsregels en op basis van het wettelijk kader dat wordt ingevuld door deze beleidsregels op basis van haar bestaande handhavingsbevoegdheden ook kunnen handhaven. Aangezien de bevoegdheid tot vergunningverlening een gemandateerde bevoegdheid betreft, zou de Minister de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels moeten verduidelijken in het mandaatbesluit. Ook al geeft het mandaatbesluit de ACM niet expliciet de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, zal de ACM door de toepassing en invulling van de open wettelijke normen desalniettemin namens de minister beleid maken, bijvoorbeeld door de opstelling van vergunningvoorwaarden of door uitleg te geven aan vergunningaanvragers over de wettelijke vereisten voor de toekenning van een vergunning.

Beleidsregels van de ACM zouden betrekking kunnen hebben op het stellen van de eis om een herstelplan op te stellen met het verplicht treffen van maatregelen uit dat plan indien de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Een dergelijk herstelplan waarin de onderneming uiteen moet zetten hoe zij bij tegenvallende resultaten of veranderende (markt-)omstandigheden voldoet aan de eis van financiële kwaliteiten, past ons inziens bij de eis dat doorlopend aan de vergunningvoorwaarden moet worden voldaan. De verplichting tot het opstellen van een herstelplan zou op basis van de huidige wettelijke bepalingen ook nu al expliciet in de vergunningvoorwaarden kunnen worden opgenomen.

De Europese wetgeving geeft ruimte aan de nationale wetgever voor het opleggen van openbare dienstverplichtingen inzake de betrouwbaarheid en leveringszekerheid van de energievoorziening en voor de bescherming van (kwetsbare) consumenten, mits deze in lijn zijn met het doel van de Europese wetgeving en niet-discriminerend zijn. Het stellen van eisen aan de financiële en organisatorische kwaliteiten die gericht zijn op het borgen van het consumentenbelang en de continuïteit van de dienstverlening zou in lijn zijn met de doelen van de Europese wetgeving. Met een nadere invulling van de norm op het gebied van financiële en organisatorische kwaliteiten wordt immers aangesloten bij het doel van de Europese wetgeving om bij te dragen aan het recht van consumenten op een betrouwbare, duurzame en betaalbare energievoorziening. De Europese richtlijnen bepalen dat de nationale toezichthouders alle redelijke maatregelen treffen om de doelstellingen van de Europese richtlijnen te bereiken binnen het kader van hun taken en bevoegdheden. Zij dienen onder meer bij te dragen aan het bereiken van een hoog niveau van universele dienstverlening (het recht op een betrouwbare, betaalbare energielevering van een zekere kwaliteit) en van openbare dienstverlening bij het leveren van energie, tot de bescherming van kwetsbare afnemers en tot de compatibiliteit van de processen voor de uitwisseling van gegevens die nodig zijn voor de overstap van leverancier door de afnemer. De opvatting van de ACM dat het toezicht ziet op de leveringszekerheid (het voorkomen dat een consument wordt afgesloten van gas en energie), consumentenbeschermingsbepalingen en op oneerlijke handelspraktijken, en slechts terughoudend mag toezien op de liquiditeit, solvabiliteit, het eigen vermogen en de risicobeheersingssystemen, is ons inziens daarom te beperkt.

De energiemarkt is een complexe markt waarbij, zeker bij een risicovolle inkoopstrategie en fluctuerende prijzen bij de vergunningaanvragers/vergunninghouders, kennis van het afdekken van risico's vereist is om de continuïteit van de onderneming te kunnen waarborgen. Op dit moment wordt de deskundigheid van de vergunningaanvragers niet structureel en indringend getoetst. Het adequaat invullen van de formulieren in het kader van het vergunningverleningsproces en het voldoen aan de daarin opgenomen eisen is daarbij voldoende om aan te tonen dat de vergunningaanvrager voldoet aan organisatorische kwaliteiten. Daarbij geldt eveneens dat de ACM geen beleidsruimte ziet om nadere invulling te geven aan de wettelijke eisen omtrent 'financiële en organisatorische kwaliteiten'.

Echter gelet op de financiële risico's bij bepaalde inkoopstrategieën, kan worden gesteld dat een redelijke invulling van het begrip financiële en organisatorische kwaliteiten inhoudt dat binnen de onderneming voldoende deskundigheid over bijvoorbeeld het afdekken van risico's aanwezig zou moeten zijn.

In de concept Energiewet is opgenomen dat in lagere regelgeving eisen kunnen worden gesteld om bij de vergunningverlening en tijdens de vergunningsperiode de (aanwezigheid van) deskundigheid bij de betrokken ondernemingen te toetsen. Volgens de toelichting bij de concept-wet worden deze specifieke eisen gesteld, omdat dat afnemers met een kleine aansluiting moeten worden beschermd en dat zij moeten worden beleverd door betrouwbare en financieel stabiele partijen. Hoewel de uitgangspunten voor de eisen aan deskundigheid in lagere regelgeving kunnen worden opgenomen, achten wij het van belang dat deze eisen door de ACM nader worden ingevuld, bijvoorbeeld in de vorm van een beleidsregel deskundigheid of geschiktheid. De lagere regelgeving moet de ACM voldoende ruimte laten om bij de beoordeling van concrete gevallen rekening te houden met de omstandigheden van het geval en veranderende omstandigheden. Daarbij geldt overigens dat deze eisen afhankelijk kunnen worden gesteld van de omvang van de onderneming. De beleidsregel geschiktheid uit het financieel toezicht, waarin wordt gedifferentieerd op basis van objectieve factoren en afhankelijk van het type onderneming, zou hierbij mogelijk als voorbeeld kunnen dienen.

De verhouding tussen extra maatregelen die de consument beschermen en het bevorderen van concurrentie en een vrije energiemarkt

Het stellen van nadere eisen voor toetreding tot en actief zijn op de energiemarkt kan mogelijk de toetreding tot die markt belemmeren. Vanzelfsprekend zouden de wetgever en de ACM bij het stellen van nadere regels de nadelen van verhoogde markttoetredingsbarrières (zoals mogelijk verminderde toetreding van nieuwe marktpelers) moeten afwegen tegen de voordelen van strengere regels inzake het toezicht op de energieleveranciers, die beogen een betere bescherming te bieden tegen bedrijven met onverantwoorde bedrijfsrisico's en onvoldoende risicobeheersingssystemen.

Het opleggen van extra maatregelen aan energieleveranciers zou afhankelijk van de zwaarte van de eisen in theorie een discriminerend effect kunnen hebben, bijvoorbeeld wanneer door kleine of startende ondernemingen niet aan die eisen kan worden voldaan of alleen tegen hoge kosten. Een oplossing daarvoor kan echter worden gevonden door te borgen dat de eisen die aan de financiële of organisatorische kwaliteiten worden gesteld objectief en proportioneel zijn in het licht van de omvang (van de risico's) van de betrokken ondernemingen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een systematiek waarbij de zwaarte van de eisen die aan de vergunninghouder worden gesteld mede afhankelijk is van de grootte van de onderneming en de grootte van de klantportefeuille. Het stellen van eisen aan de vergunninghouder heeft immers tot doel om bepaalde risico's te beheersen. Die risicobeheersing kan in een kleine onderneming met een relatief kleine klantportefeuille wellicht met minder vergaande maatregelen worden bereikt dan bij een grote complexe onderneming. Belangrijk is dat de risico's afdoende worden beheerst.

Daarnaast is nog belangrijk om op te merken dat het stellen van eisen aan toetreders ook juist kan bijdragen aan gezonde concurrentieverhoudingen en 'free rider'-gedrag kan voorkomen. Zo wordt bijvoorbeeld oneerlijke concurrentie van partijen die door risicovol beleid de kosten laag houden, voorkomen. Een faillissement van dergelijke partijen kan bovendien effect hebben op het vertrouwen in de markt en uiteindelijk de bereidheid van consumenten om over te stappen in negatieve zin beïnvloeden. Het is daarom belangrijk bij de afweging tussen de nadelen van verhoogde markttoetredingsbarrières en de bescherming van consumenten naar meerdere dimensies te kijken. Er moet niet alleen naar de korte termijn toetredingsbarrières worden gekeken maar ook naar het mogelijke lange termijneffect van risicovol gedrag en faillissementen op de concurrentie, het vertrouwen in de markt en op het overstapgedrag van consumenten.

Aansluiting van het wettelijk kader op het te beschermen maatschappelijk belang

Zoals hiervoor uiteengezet zien wij op grond van de systematiek van de (Europese) wetgeving ruimte voor de Minister, en namens de Minister de ACM, om nadere invulling te geven aan de eisen in relatie tot financiële, organisatorische en technische kwaliteiten. Deze ruimte is in de wetgeving echter niet expliciet benoemd. Over de bevoegdheid van de ACM om de wettelijke eisen nader in te vullen zou nu door onder toezicht staande partijen bij de rechter om een oordeel kunnen worden gevraagd. Om onduidelijkheid over de bevoegdheid van de ACM om nadere beleidsregels te stellen weg te nemen, heeft het onze voorkeur dat de wetgever daartoe expliciet de bevoegdheid toekent aan de ACM. De wetgever of de minister zouden de uitgangspunten voor de invulling van financiële, organisatorische en technische kwaliteiten nader kunnen uitwerken in de wet en/of ministeriële regels. Echter, de ACM moet, gelet op de onafhankelijke positie, voldoende ruimte hebben om de eisen van de wet uit te werken in een beleidsregel en rekening te houden met veranderende omstandigheden en de omstandigheden van het geval. Ook moet worden geëxpliciteerd dat bij niet nakoming van de wettelijke eisen en de nadere invulling daarvan de ACM reparatoire of punitieve sancties kan opleggen.

Daarnaast is het ons inziens van belang dat de ACM als toezichthouder regelmatig toetst of de wet- en regelgeving en de bevoegdheden waarover zij beschikt nog aansluiten bij het maatschappelijk belang dat zij beoogt te beschermen. Het te beschermen maatschappelijk belang is daarbij geen statisch begrip. De ACM moet meerdere publieke belangen nastreven bij de uitoefening van haar bevoegdheden, waaronder de belangen van betaalbaarheid, consumentenbescherming, duurzaamheid, leveringszekerheid, betrouwbaarheid en een vrije marktwerking. In een bepaalde periode kan de maatschappelijke en politieke overtuiging zijn dat de nadruk wordt gelegd op de vrije mededinging en de bevordering van de concurrentie op de markt. De visie op het maatschappelijk belang, en de weging van de verschillende publieke belangen, dat het toezicht beoogt te beschermen kan echter wijzigen door veranderingen in de maatschappelijke opvattingen of veranderende (markt-)omstandigheden. Het is van belang dat de toezichthouder en het beleidsverantwoordelijke departement zich regelmatig afvragen hoe de visie op het te beschermen maatschappelijk belang zich ontwikkelt en hoe die ontwikkeling zich verhoudt tot het toezichtinstrumentarium dat de toezichthouder ter beschikking staat. Een moderne toezichthouder signaleert op transparante wijze wanneer hij niet voldoende in staat is om het maatschappelijk belang te beschermen.

Beperkte invloed informatievoorziening aan consumenten op gedrag

Een van de vragen die opkomt naar aanleiding van de schade die consumenten hebben geleden bij faillissementen, is of consumenten beter geïnformeerd kunnen worden over de risico's die zij lopen in het geval van faillissement. Het is vanzelfsprekend altijd van belang dat de ACM transparant is over de beperkingen van haar toezicht en het feit dat toezicht niet betekent dat een energieleverancier niet failliet kan gaan. Wij zien niet direct hoe een meer intensieve informatievoorziening of waarschuwingen kunnen leiden tot meer bewustwording bij de consument. Uit onderzoek over de rol van informatievoorziening bij keuzegedrag van consumenten van onder meer de Autoriteit Financiële Markten en de effectiviteit van waarschuwingen, blijkt dat het effect van waarschuwingen op het keuzegedrag van consumenten beperkt is.

Huidige werking van de SRL procedure heeft voor- en nadelen

In geval van (dreigend) faillissement wordt een *Supplier of last resort* (SLR-) procedure ingericht. Deze procedure voorziet in een beheerste overdracht van de klantportefeuille naar een andere aanbieder. In de vensterperiode (maximaal 20 dagen) kunnen consumenten niet overstappen. Hoewel het verbod voor consumenten om over te stappen gedurende de vensterperiode de procedure overzichtelijk houdt, kunnen klanten met een ongunstiger contract worden geconfronteerd bij het overstappen naar een nieuwe leverancier. De keuze voor de vensterperiode heeft dus nadelen en de vraag is of deze voldoende zijn om de voordelen (met name rust en een ordelijk proces) te compenseren. Daarnaast zien wij, dat als gevolg van de SLR-procedure binnen de kaders van de Faillissementswet, dat de curator partijen selecteert die in staat worden gesteld om de portefeuille of een deel daarvan over te nemen. De curator dient in het proces van de verkoop van de klantportefeuille het belang van de boedel, het is onbekend in hoeverre de belangen van de klanten bij deze overdracht worden meegewogen. Daarnaast is met deze procedure niet geborgd dat alle marktpartijen kunnen (mee-)bieden op de klantportefeuille, waardoor de verkrijgende marktpartij zijn marktpositie ten nadele van andere bedrijven kan verstevigen

Mogelijk vangnet voor kwetsbare consumenten

In de interviews hebben wij de vraag opgeworpen of consumenten die gedupeerd zijn door het faillissement van de energieleverancier, een beroep zouden moeten kunnen doen op een garantiefonds voor de compensatie van de geleden schade. Door medewerkers van de ACM en EZK, werd aangegeven dat men geen voorstander is van een dergelijk fonds. Men zag vooral als mogelijk nadeel, dat de instelling van een dergelijk fonds risicovol gedrag van energieleveranciers en consumenten kan stimuleren, omdat bij een faillissement een vordering op het fonds zou kunnen worden ingediend. Als gevolg daarvan, zo is de gedachte, zouden consumenten bewust contracten met de laagste tarieven afsluiten waarbij zij het risico op een faillissement op de koop toenemen. Wij betwijfelen echter, of het bestaan van een dergelijk fonds daadwerkelijk meer risicovol gedrag van consumenten in de hand werkt. Klanten lijken zich zeer beperkt bewust van de mogelijkheid dat energieleveranciers failliet gaan. Empirisch onderzoek zou nader inzicht kunnen geven in de kans dat de aanwezigheid van een dergelijk fonds leidt tot risicovol gedrag bij consumenten. Risicovol gedrag van ondernemingen zou kunnen worden tegengegaan door een vorm van voorfinanciering van het fonds na rato van de klantportefeuille. Dat neemt niet weg dat door een dergelijk fonds de kosten voor vergunninghouders en daarmee mogelijk de prijzen voor de consument (beperkt) stijgen. Enige vorm van financieel vangnet voor kwetsbare consumenten lijkt ons echter, gezien het feit dat energie een eerste levensbehoefte is én gezien het grote aandeel van energie in het budget van kwetsbare consumenten, gerechtvaardigd. Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de dekking van het garantiefonds zich beperkt tot betaalde voorschotten en uitsluitend voorziet in compensatie van kwetsbare klanten onder een bepaalde inkomensgrens.

Conclusie

Wij concluderen dat de ACM beter gebruik had kunnen maken van het bestaande wettelijke kader door een nadere en striktere invulling te geven aan de eis dat de vergunninghouder moet voldoen aan technische, organisatorische en financiële kwaliteiten. Dit betekent echter niet dat wij van mening zijn dat daardoor de faillissementen in de energiesector voorkomen hadden kunnen worden. Bij deze faillissementen hebben meerdere factoren een rol gespeeld waaronder risicovolle inkoopstrategieën en financiële kwetsbaarheid van een aantal vergunninghouders maar ook een onvoorziene stijging van de gasprijzen door geopolitieke en macro-economische omstandigheden. Op basis van ons onderzoek kan daarom niet worden geconcludeerd dat de faillissementen waren voorkomen indien de ACM anders had gehandeld. Wij hebben geen onderzoek gedaan naar de faillissementen als zodanig.

De nadere invulling van technische, organisatorische en financiële kwaliteiten had het mogelijk gemaakt om bij toetreding tot de markt te toetsen of duurzaam aan de naleving van die eisen kon worden voldaan. Bij de toetsing of de vergunningaanvragers aan de eis van financiële kwaliteiten voldoen, had de ACM de betrouwbaarheid van het bedrijfsmodel, de financiële positie, de adequaatheid van genomen risicobeheersingsmaatregelen, de aanwezigheid van herstelplannen en de deskundigheid van de vergunningaanvragers kunnen meewegen. Aangezien de bevoegdheid tot vergunningverlening een gemandateerde bevoegdheid betreft, zou de Minister de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels moeten verduidelijken in het mandaatbesluit. Ook al geeft het huidige mandaatbesluit de ACM niet expliciet de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, de ACM zal door de toepassing en invulling van de open wettelijke normen desalniettemin namens de minister beleid maken, bijvoorbeeld door de opstelling van vergunningvoorwaarden of door uitleg te geven aan vergunningaanvragers over de wettelijke vereisten voor de toekenning van een vergunning.

Beleidsregels van de ACM zouden betrekking kunnen hebben op de eis om een herstelplan op te stellen met het verplicht treffen van maatregelen uit dat plan indien de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Een dergelijk herstelplan waarin de onderneming uiteen moet zetten hoe zij bij tegenvallende resultaten of veranderende (markt-) omstandigheden voldoet aan de eis van financiële kwaliteiten, past ons inziens bij de eis dat doorlopend aan de vergunningvoorwaarden moet worden voldaan. De verplichting tot het opstellen van een herstelplan zou ook, reeds op basis van het huidige wettelijke kader, expliciet in de vergunningvoorwaarden, kunnen worden opgenomen. Het was ook mogelijk voor de ACM om na vergunningverlening op het moment dat ondernemingen niet (meer)

voldoen aan de wettelijke eis inzake “financiële” kwaliteiten ook daadwerkelijk te handhaven op basis van de bestaande wettelijke handhavingsbevoegdheden.

Het Europees recht biedt ruimte om de wettelijke eisen nader in te vullen. De wetgever zou de bevoegdheid van de ACM om deze eisen nader in te vullen in de wet moeten verduidelijken om discussies over de houdbaarheid van die eisen voor de rechter te voorkomen. Wanneer de ACM van mening was dat het wettelijk kader onvoldoende mogelijkheden bood voor het uitoefenen van haar toezichttaak had zij dit proactief en transparant formeel kunnen signaleren. De ACM heeft wel informele gesprekken gevoerd in het kader van de nieuwe Energiewet die tot een aanpassing hebben geleid van de toetsing van deskundigheid en integriteit. Een transparant signaal richting de wetgever inzake mogelijke tekortkomingen in het mandaat van de minister of de geldende wetgeving, bevordert de democratische controle op het functioneren van het toezicht op de energiemarkt.

Daarnaast zouden de ACM en het beleidsverantwoordelijke departement geregeld moeten toetsen of het wettelijk kader nog voldoende aansluit bij veranderde maatschappelijke opvattingen over het door het toezicht te beschermen maatschappelijk belang.

Aanbevelingen

1. De wetgever zou in de Energiewet kunnen verduidelijken dat de ACM de bevoegdheid heeft om de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten nader in te vullen bij de vergunningverleningsbevoegdheid. De wetgever zou daarbij zelf nadere invulling kunnen geven aan de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten, in de wet of hij zou de minister bevoegd kunnen maken ministeriële regels op te stellen. Ter verduidelijking van de bevoegdheden van de ACM, zou de wetgever de ACM daarnaast expliciet de bevoegdheid moeten geven om nadere (beleids-)regels te stellen. Daarbij moet de ACM voldoende ruimte hebben om bevoegdheden te interpreteren en aan te passen aan veranderende omstandigheden.
2. De ACM zou nadere beleidsregels moeten opstellen ten aanzien van de deskundigheid, financiële continuïteit en integriteit als invulling van organisatorische en financiële kwaliteiten. Neem daarin op dat energiebedrijven de (financiële) continuïteit moeten waarborgen, moeten beschikken over adequaat risicomanagement in relatie tot onder meer hun inkoopstrategie en mogelijke marktrisico's en moeten beschikken over de nodige deskundigheid en integriteit. Neem ook de verplichting op om bij vergunningverlening een herstelplan te overleggen waarin de onderneming inzichtelijk maakt hoe zij in geval van financiële kwetsbaarheden de dienstverlening aan klanten kan waarborgen. Beoordeel bij vergunningverlening ook de houdbaarheid van het bedrijfsplan.
3. De wetgever en de ACM zouden bij het stellen van nadere (beleids-)regels de nadelen van verhoogde markttoetredingsbarrières (zoals mogelijk verminderde toetreding van nieuwe marktspelers) moeten afwegen tegen de voordelen van strengere regels inzake het toezicht op de energieleveranciers, die beogen een betere bescherming te bieden tegen bedrijven met onverantwoorde bedrijfsrisico's en onvoldoende risicobeheersingssystemen. Overweeg daarbij bijvoorbeeld een gedifferentieerde aanpak die is gebaseerd op objectieve criteria en die proportioneel is gelet op de omvang van de onderneming en de impact op de markt. Neem daarnaast in ogenschouw dat risicovol gedrag ook een effect heeft op eerlijke concurrentie en vertrouwen in de markt.
4. De ACM zou intern moeten bespreken welke overtuigingen ten grondslag liggen aan de interpretatie van wet- en regelgeving en zou moeten toetsen of deze overtuigingen juist zijn en nog passen bij de veranderende marktomstandigheden en maatschappelijke verwachtingen. Het is belangrijk om vast te stellen tot welke toezichtvisie die omstandigheden en maatschappelijke verwachtingen leiden. Daarbij moet de vraag worden beantwoord welk belang het toezicht beoogt te beschermen? Door veranderende omstandigheden kan immers de weging van publieke belangen die je met toezicht beoogt te beschermen veranderen. Dit gesprek moet de ACM ook voeren met het verantwoordelijke departement.
5. De ACM zou als toezichthouder op transparante en formele wijze bij de wetgever het ontbreken van mogelijkheden om toezicht te houden op risico's in de markt of onduidelijkheid over die bevoegdheden in de wet of het mandaat, moeten signaleren. Dat kan bijvoorbeeld met het jaarlijkse signaal dat de ACM nu al afgeeft aan de wetgever. Een transparant signaal richting de wetgever inzake mogelijke tekortkomingen in het mandaat van de minister of de geldende wetgeving, bevordert de democratische controle op het functioneren van het toezicht op de energiemarkt.
6. De wetgever zou de voor- en nadelen voor een garantiefonds moeten onderzoeken waar (kwetsbare) consumenten bij een faillissement een beroep op kunnen doen voor de financiering van te veel betaalde overschotten en niet uitbetaalde overstapbonussen.
7. De wetgever zou de verplichting voor bedrijven om ook bij faillissement een eindafrekening op te maken moeten verduidelijken.
8. De minister en de ACM zouden moeten onderzoeken hoe het nadeel voor consumenten als gevolg van de wachttijd in de SLR procedure (ongunstiger contractvoorwaarden door de maand wachttijd) moet worden afgewogen tegen het belang van een 'freeze' die helpt om de overdracht van de portefeuille zo snel en efficiënt als mogelijk te maken.
9. De ACM en de Minister van Economische Zaken moeten de huidige SLR procedure binnen de kaders van de Faillissementswet, waarbij de curator een keuze maakt uit energieleveranciers die de klantportfolio kunnen overnemen, samen evalueren. Indien dit proces bepaalde energieleveranciers bevoordeelt doordat zij wel en andere leveranciers niet in staat zijn gesteld om de klantportfolio over te nemen, zou de wetgever kunnen overwegen om specifieke eisen te stellen aan het biedingsproces.

1. Introductie

1.1. Onderzoeksopdracht

Naar aanleiding van de zaak Energieflex is bij de ACM de vraag gerezen of de ACM het maximaal mogelijke gedaan heeft in haar toezicht op vergunninghoudende energieleveranciers in het belang van de bescherming van consumenten of dat de organisatie toch anders hadden kunnen handelen.

Het betreft hier het toezicht van de ACM, gedurende het hele traject, op energieleveranciers die leveren aan kleinverbruikers: dit behelst de vergunningverlening, het toezicht nadien (monitoring) tot en met de situatie dat een energieleverancier in moeilijkheden komt.

Vanuit deze situatie heeft het bestuur van de ACM prof. dr. Saskia Lavrijssen en prof. mr. dr. Femke de Vries verzocht een onderzoek uit te voeren waarin de volgende vragen centraal staan:

I: terugkijkend :

1. na te gaan hoe de ACM de bevoegdheden die de ACM heeft op grond van de huidige wet- en regelgeving interpreteert en vervolgens;
2. te analyseren of de interpretatie van de ACM juist is of dat er meer ruimte is.

Indien de interpretatie van de ACM niet juist is: wat had de ACM meer of anders kunnen doen?

II: vooruitkijkend:

Indien de interpretatie van de ACM van de huidige wet- en regelgeving juist is, zullen prof. dr. Saskia Lavrijssen en prof. mr. dr. Femke de Vries aanbevelingen formuleren over welke bevoegdheden de ACM in de toekomst nodig heeft om de bescherming van consumenten (nog) beter te kunnen borgen.

1.2. Aanpak

In het kader van het onderzoek hebben de onderzoekers de wetgeving, beleidsdocumenten en werkinstructies van de ACM bestudeerd en gesprekken gevoerd met 15 personen. 9 daarvan zijn werkzaam bij de ACM, 6 personen zijn werkzaam buiten de ACM. Een overzicht van de gesprekken is opgenomen in de bijlage.

2. Context

De Nederlandse regering had bij de oprichting van de markttoezichthouders in eerste instantie niet de bedoeling om naar het voorbeeld van het angelsaksische model 'economic regulators' op te richten die beschikken over ruime en regulerende bevoegdheden om het proces van liberalisering en de herstructurering van de netwerksectoren door te voeren.¹ Aanvankelijk was het energietoezicht in Nederland opgedragen aan de Dienst Toezicht Energie (DTe), die onder volledige verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken en Klimaat functioneerde.²

Toen de Nederlandse Staat voor 100% aandeelhouder werd in het gastransmissie- en elektriciteitstransmissienet, is het toezicht op de energiesector als kamer ondergebracht bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die de status van zelfstandig bestuursorgaan kreeg.³ Volgens het zogenaamde kamermodel werden de bevoegdheden tot uitvoering van de Gaswet en de Ewet 1998 aan de Raad van Bestuur van de NMa geattribueerd. De Raad van Bestuur mandateerde deze bevoegdheden aan de directeur van de energiekamer. De mandaatverlening moest worden goedgekeurd door de minister van Economische Zaken en Klimaat. De DTe was weliswaar geen afzonderlijk bestuursorgaan meer, maar had binnen de NMa als kamer een eigen identiteit met een eigen website.⁴ De NMa is vervolgens samen met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumenten Autoriteit (CA) opgegaan in de ACM. Vanaf 1 april 2013 kreeg de ACM de taak om zich als zelfstandig bestuursorgaan sterk te maken voor goed werkende markten voor consumenten en bedrijven. Met dat doel houdt de ACM toezicht op de mededinging, een aantal specifieke sectoren (zoals de energiemarkt) en het consumentenrecht. Onder de invloed van het Europees recht zijn de bevoegdheden en taken van de ACM bij het toezicht op en de regulering van de energiemarkt steeds verder uitgebreid. Ook heeft het Europees recht de onafhankelijke positie van de ACM verstevigd, aangezien de Europese richtlijnen bepalen dat de ACM zowel onafhankelijk van de marktpartijen als van de politiek moet functioneren bij de uitvoering van haar Europese taken. Het Europees Hof van Justitie geeft een ruime, teleologische uitleg aan de bevoegdheden en onafhankelijkheidseisen van de nationale regulerende autoriteiten.⁵

Het is belangrijk om op te merken dat bij het ontwerp en de inrichting van het toezicht op de energiemarkt de marktomstandigheden anders waren dan nu. Waar de markt zich nu kenmerkt door haar vele spelers, bewegende consumenten tussen leveranciers en meer volatiele prijzen, was bij de oprichting van de ACM de situatie in de markt vrij stabiel en stapten nog maar weinig consumenten over naar een andere leverancier. Kleinverbruikers hadden aanvankelijk ook geen keuzevrijheid bij het sluiten van een energiecontract.⁶ Grootverbruikers hadden dit wel en vanaf 2004 kregen kleinzakelijke afnemers en consumenten ook keuzevrijheid. De parlementaire geschiedenis vermeldt hieromtrent:

“Dat betekent bijvoorbeeld dat afnemers verzekerd moeten zijn van energie als hun leverancier door faillissement of door andere omstandigheden niet in staat is te leveren. Verder dienen de energiebedrijven administratief en organisatorisch goed voorbereid te zijn, zodat afnemers zonder problemen binnen de daartoe gestelde termijnen van leverancier kunnen wisselen en ook de juiste facturen ontvangen over het verbruik. Dit impliceert dat de energiebedrijven de problemen die zich vanaf 1 januari 2002 hebben voorgedaan bij het vrijkomen van het zogenaamde middensegment, moeten hebben opgelost. Op dit moment is de datum van volledige opening van de gas- en elektriciteitsmarkt in de Gaswet en Elektriciteitswet 1998 bepaald op 1 januari 2004.”⁷ Ook werd vanaf 2004 een groter belang gehecht aan de onafhankelijkheid van leveranciers ten opzichte van de netbeheerders.⁸ Energieleveranciers moesten het mogelijk maken dat consumenten makkelijk, transparant en snel konden switchen naar een andere energieleverancier.⁹

Zoals uit het vervolg van dit rapport zal blijken, kan op basis van een analyse van de parlementaire geschiedenis, worden vastgesteld dat bij het opengaan van de consumentenmarkt in 2004, de nadruk van het toezicht op de energieleveranciers erg gericht was op het borgen van eerlijke concurrentie, het bevorderen van markttoetreding en het beschermen van consumenten tegen te hoge prijzen en oneerlijke handelspraktijken. Door de toetreding van nieuwe spelers en een verhevigde marktconcurrentie, is de markt dynamischer geworden en dient zich ook een andere problematiek aan, namelijk de financiële continuïteit van markttoetreders met kwetsbare businessplannen.

Dit heeft geleid tot een aantal faillissementen van energieleveranciers. Deze faillissementen hebben financiële gevolgen gehad voor individuele klanten door het verlies van voorschotten en het moeten afsluiten van een nieuw contract tegen ongunstiger voorwaarden. Daarnaast hebben

¹ Lavrijssen 2006, p. 25-26. A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuursrecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu uitgeverij 2006.

² Lavrijssen, 2006, p. 135-136.

³ Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Staatsblad 2005, nr. 172.

⁴ Lavrijssen, 2006, p. 137.

⁵ HvJ EU 3 december 2020, C-767/19, ECLI:EU:C:2020:984 (*Commissie/België*), r.o. 98-115. HvJ EU, 2 september 2021, zaak C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, (*Commissie/Duitsland*)

⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 303, nr. 3, p. 1.

⁷ *Kamerstukken II* 2003/04 29303, nr. 3, p.3

⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 11.

⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 23.

de faillissementen mogelijk geleid tot maatschappelijke schade door de onrust die hierdoor is veroorzaakt en het mogelijke effect daarvan op het vertrouwen van consumenten in de markt. Een verlies van vertrouwen in de stabiliteit van energieleveranciers zou zelfs effect kunnen hebben op het overstapedrag van consumenten.

3. Relevant wettelijk kader

3.1. Doelstellingen wettelijk kader

De verlening van de leveringsvergunning aan energieleveranciers wordt geregeld door de Elektriciteitswet 1998 (artikelen 95d t/m 95f) en de Gaswet (artikelen 43 t/m 47). De beide wetten bevatten vrijwel identieke bepalingen. De Elektriciteitswet 1998 geeft uitvoering aan de Elektriciteitsrichtlijn. De Gaswet geeft uitvoering aan de Gasrichtlijn.¹⁰ Momenteel bereidt de minister van Economische Zaken en Klimaat een nieuwe Energiewet voor, waarin de Gaswet en de Elektriciteitswet worden samengevoegd. Deze nieuwe wet geeft uitvoering aan de gewijzigde Elektriciteitsrichtlijn en het Klimaatakkoord.¹¹

De Europese richtlijnen streven naar een betrouwbare, betaalbare en duurzame energievoorziening. Het uitgangspunt van de richtlijnen is dat vrije concurrentie in de markt voor de productie en levering van energie en de totstandbrenging van een interne energiemarkt, bijdragen aan het realiseren van voornoemde doelstellingen. Daarbij moeten de Lidstaten wel voldoende maatregelen treffen om te borgen dat het recht op universele dienstverlening voor huishoudelijke afnemers en kleine ondernemingen wordt gewaarborgd. Volgens overweging 22 van de gewijzigde Elektriciteitsrichtlijn houdt universele dienstverlening, in dat de lidstaten ervoor zorgen dat huishoudelijke afnemers, en, indien de lidstaten dat dienstig achten, kleine ondernemingen, het recht hebben om tegen duidelijk vergelijkbare, transparante en concurrerende prijzen van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit te worden voorzien. De gasrichtlijn legt niet het recht op universele dienstverlening vast, omdat niet in alle Lidstaten consumenten op het gasnet zijn aangesloten. Wel bepaalt overweging 22 van de Gasrichtlijn dat de eisen inzake openbare dienstverlening op nationaal niveau dienen te worden gedefinieerd, met inachtneming van nationale omstandigheden. De burgers van de Unie en, waar dit door de lidstaten opportuun wordt geacht, kleine ondernemingen, dienen te kunnen profiteren van openbare dienstverplichtingen, vooral waar het gaat om leverings- en voorzieningszekerheid en redelijke tarieven. In dat licht past de Nederlandse wetgever het recht op universele dienstverlening ook toe op de gasconsumenten.

Daarnaast bevatten de Europese richtlijnen veel specifieke consumentenbeschermingsbepalingen die zijn gericht op het goed informeren van de consument door het transparant maken van prijzen en voorwaarden, het tijdig en accuraat beschikbaar maken van de energiekosten, een accurate en begrijpelijke facturering, de uitrol van slimme meters, de toegang tot tenminste één vergelijkingsinstrument, de toegang tot klachtenbehandeling mechanismen en buitengerechtelijke methoden van geschillenbeslechting.

De Europese wetgeving bevat geen nadere regels voor de eisen aan toetreding van energieleveranciers. De Lidstaat heeft daarom een bepaalde beleidsvrijheid om het toezicht op energieleveranciers vorm te geven, mits daarbij geen onevenredige markttoetredingsbarrières worden opgelegd en de verplichtingen voor de leveranciers voldoen aan het non-discriminatiebeginsel. Krachtens artikel 9, lid 2 van de EU Elektriciteitsrichtlijn kunnen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbare dienstverplichtingen opleggen die betrekking kunnen hebben op de veiligheid, met inbegrip van voorzieningszekerheid, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat.¹² Artikel 3, lid 2 van de Gasrichtlijn bepaalt, dat de lidstaten in het algemeen economisch belang aan bedrijven die in de gasector actief zijn openbare dienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, met inbegrip van voorzienings- en leveringszekerheid, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen, en milieubescherming, waaronder energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en klimaatbescherming.¹³ Uit de Europese richtlijnen blijkt, dat de openbare dienstverplichtingen duidelijk moeten zijn gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en de gelijke toegang voor elektriciteitsbedrijven van de Unie tot nationale consumenten waarborgen. Het Europees Hof van Justitie heeft in de zaak Federutility voorts uiteengezet dat de Europese richtlijnen de EU-lidstaten een aanzienlijke beleidsvrijheid laten om¹⁴ met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang vast te stellen en te definiëren.¹⁵

¹⁰ Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG (Voor de EER relevante tekst), *OJ L 211, 14.8.2009, p. 94–136*.

¹¹ Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU *OJ L 158, 14.6.2019, p. 125–199*.

¹² Art. 9(2) Richtlijn 2019/944.

¹³ Art. 9(2) Richtlijn 2019/944. CR, *Commission v French Republic (C-159/94)*, 23 oktober 1997, I-5815; Maria Mordwa, “The obligation of strategic gas storage introduced in Poland as an example of a public service obligation relating to supply security: a question of compliance with European law”, (2011), *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 4, No. 4, 75. Wanneer lidstaten zich op deze uitzondering willen beroepen dient aan enkele eisen te worden voldaan. Ten eerste moet met de maatregel een doelstelling van algemeen economisch belang worden nagestreefd, ten tweede moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen en ten derde moet de maatregel voorzien in duidelijk omschreven, transparante, niet-discriminerende en controleerbare openbare dienstverplichtingen en de gelijke toegang van energiebedrijven in de Unie tot de consument waarborgen. Bij de analyse van het evenredigheidsvereiste dient er mee rekening te worden gehouden dat de duur van een dergelijke actie moet worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de doelstelling van algemeen economisch belang te bereiken, en de uitzondering mag niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.

¹⁴ Saskia Lavrijssen, “Opportunities in EU case law for achieving Dutch sustainable energy target It’s up to the Netherlands to seize them”, (2013), *Utilities Law Review*, vol. 19, nr. 6, 24 - 25; *HvJ-EU, Federutility and Others (C-265/08)*, 20 april 2010, ECLI:EU:C:2010:205, randnummer 29 and 30.

Volgens artikel 28, lid 1 van de gewijzigde Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 nemen de lidstaten passende maatregelen om eindafnemers te beschermen en voorzien met name in adequate waarborgen voor de bescherming van kwetsbare afnemers (zie artikel 3, lid 3 Gasrichtlijn). In dit verband definieert elke lidstaat het begrip kwetsbare afnemers, dat kan verwijzen naar energiearmoede en onder meer naar het verbod op afsluiting van de elektriciteitstoever van dergelijke afnemers in moeilijke tijden. In Nederland wordt het begrip Kwetsbare afnemer niet nader gedefinieerd en worden kwetsbare afnemers onder meer beschermd doordat zij bij wanbetaling niet zomaar kunnen worden afgesloten.¹⁶

De Nederlandse wetgever heeft bij de vormgeving van het toezicht op de energieleveranciers uitvoering gegeven aan de mogelijkheid van de Europese richtlijnen om openbare dienstverplichtingen in het algemeen economisch belang op te leggen. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 is de verlening van een leveringsvergunning en het stellen van voorschriften hieraan gericht op het beschermen van consumenten.¹⁷ Daarnaast is de bescherming gericht op het borgen van de leveringszekerheid. In de wetsgeschiedenis wordt met name verwezen naar het borgen van een betrouwbare levering van energie tegen betaalbare prijzen. Om deze reden is ook de vangnet procedure opgenomen op grond waarvan de ACM maximum eindgebruikers tarieven kan vaststellen bij te hoge consumentenprijzen (artikel 95 b, lid 3 Elektriciteitswet 1998, artikel 44, lid 3 Gaswet). In de memorie van toelichting wordt geen aandacht besteed aan het borgen van de financiële continuïteit van de energieleveranciers en het belang daarvan voor het beschermen van de consument. Naar onze mening biedt het Europees recht, en de mogelijkheid om niet discriminerende openbare dienstverplichtingen op te leggen, evenwel wel ruimte om ook regels te stellen aan de financiële continuïteit van de energieleveranciers. Immers, indien de financiële continuïteit onvoldoende is geborgd kunnen de consumenten worden geconfronteerd met een faillissement van hun leverancier. De ACM is verantwoordelijk voor de uitvoering van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de relevante Europese verordeningen (artikel 5 Elektriciteitswet 1998 en artikel 1a Gaswet). Zij moet de nationale wetten zoveel mogelijk in lijn met het Europees recht te interpreteren. Daarbij dient zij alle redelijke maatregelen te treffen om de doelstellingen van de Europese richtlijnen te bereiken binnen het kader van haar taken en bevoegdheden. Zij dient onder meer bij te dragen tot het bereiken van een hoog niveau van universele en van openbare dienstverlening bij het leveren van elektriciteit en gas, tot de bescherming van kwetsbare afnemers en tot de compatibiliteit van de processen voor de uitwisseling van gegevens die nodig zijn voor de overstap van leverancier door de afnemer.¹⁸ In het licht van de doelstellingen van de Europese richtlijnen en de taken die de richtlijnen toekennen aan de nationale regulerende instanties, moet de ACM toezien op de betaalbaarheid en de betrouwbaarheid van de energievoorziening. Hieronder valt naar onze mening ook het toezien op de financiële continuïteit van de energieleveranciers, aangezien dit een belangrijke voorwaarde is voor een betrouwbare energievoorziening van een bepaalde kwaliteit en de bescherming van (kwetsbare) afnemers. Daarbij merken we overigens op dat toezien op de continuïteit niet betekent dat zich nooit meer een faillissement zou kunnen voordoen. De opmerking in de Nota van Toelichting bij het Besluit leveringszekerheid¹⁹ dat zich faillissementen in de energiemarkt kunnen voordoen betekent ons inziens ook niet dat daarmee bedoeld is dat géén toezicht op de continuïteit van individuele leveranciers gehouden zou kunnen of moeten worden.

3.2. De vergunningverlening

Volgens artikel 95a, lid 1 van de Elektriciteitswet 1998 is het 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 (zie artikel 44 Gaswet).

Volgens artikel 95d, lid 1 van de Elektriciteitswet 1998 (artikel 45 Gaswet), verleent onze Minister op aanvraag een vergunning indien de aanvrager genoegzaam aantoon dat hij:

- a. beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak;
- b. redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen als opgenomen in dit hoofdstuk na te komen.

Bij de onder b genoemde verplichtingen gaat het om verplichtingen inzake redelijke voorwaarden en tarieven, betrouwbaarheid en eisen inzake consumentenbescherming.

¹⁶ Regeling van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 27 juni 2011, nr. WJZ / 11076169, houdende regels over afsluiten van kleinverbruikers van elektriciteit en gas en intrekking van de Regeling afsluiten elektriciteit en gas van kleinverbruikers (Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit en gas)

¹⁷ Kamerstukken II, 25 621, 1997/1998, nr. Regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit (Memorie van Toelichting). Zie ook de memorie van toelichting bij Besluit levering gas en Besluit levering elektriciteit, Staatsblad 2003, nr. 234, p. 4-8 en Staatsblad 2003, 207, p. 5-9.

¹⁸ Artikel 58 onder h Richtlijn 2019/944 en artikel 40 onder H richtlijn 2009/73/EG.

¹⁹ Besluit van 12 juli 2018, houdende wijziging van het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998, het Besluit leveringszekerheid Gaswet, het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers en het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers in verband met het versterken van de positie van leveranciers bij restverdeling, Staatsblad 2018, nr. 231.

Volgens het tweede lid worden bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van en de procedure voor aanvraag van een vergunning en de criteria, bedoeld in het eerste lid. De minister heeft de bevoegdheid tot de toekenning van leveringsvergunningen gemandateerd aan de ACM.²⁰

Volgens artikel 95b, lid 1 Elektriciteitswet 1998 heeft een houder van een leveringsvergunning 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 (vergelijk artikel 45 Gaswet). De ACM heeft de bevoegdheid om te toetsen of de aanvrager aan deze verplichting kan doen, bij het indienen van de aanvraag. Hoewel dit niet expliciet wordt vermeld, is de assumptie van de wetgever dat de aanvrager niet alleen ten tijde van de vergunningaanvraag, maar ook in de periode nadat de vergunning is verleend aan de voorwaarden van artikel 95b, lid 1 en artikel 95d, lid 1 Elektriciteitswet 1998 (vergelijk artikel 45, lid 1 en artikel 46, lid 1 Gaswet) voldoet. Een andere uitleg, inhoudende dat de vergunninghouders, na de vergunningverlening niet meer aan de eisen inzake de vergunningverlening hoeft te voldoen, zou niet stroken met de doelstellingen en bepalingen inzake de vergunningverlening en de doelstellingen en bepalingen van de Europese richtlijnen inzake universele dienstverlening, openbare dienstverplichtingen en consumentenbescherming.²¹ Als niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, kan de ACM handhavend optreden.

Het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers (bve) en het Besluit vergunninglevering gas aan kleinverbruikers (bvg) bevat nadere regels over de procedure en criteria voor de aanvraag en verlening van de vergunning.²² De vergunningaanvragen worden bij de ACM ingediend volgens de regelingen. Volgens artikel 2 van het bve bevat de aanvraag voor een vergunning in aanvulling op artikel 4:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht:

- a. de overeenkomst van erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van de aanvrager of een contract van de aanvrager met een andere partij voor het overdragen van de programma-verantwoordelijkheid en de erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van deze partij;
- b. een recente jaarrekening of een openingsbalans, welke is voorzien van een verklaring omtrent de getrouwheid, ondertekend door een accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,
- c. een recente verklaring van de rechtbank op basis van de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 222a van de Faillissementswet, waaruit blijkt dat de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en dat de aanvrager geen surseance van betaling is verleend,
- d. een beschrijving van de organisatie van de aanvrager, waarin in ieder geval is opgenomen de voorziene administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en de interne of externe controle hierop,
- e. voorbeelden van alle door de aanvrager gehanteerde offertes en overeenkomsten voor kleinverbruikers met de hierbij behorende algemene voorwaarden en
- f. de door de aanvrager gehanteerde klachten- en geschillenregeling voor kleinverbruikers.

Volgens artikel 3, lid 1 van het bve beschikt de aanvrager over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten indien:

- a. de aanvrager of, indien de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, degene aan wie de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, voor voldoende lange termijn een erkenning als volledig programma-verantwoordelijke is verleend,
- b. de aanvrager over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop beschikt, waarin op ordentelijke wijze per kleinverbruiker waarmee een leveringsovereenkomst is gesloten in ieder geval de volgende gegevens zijn opgenomen:
 - 1°. naam, adres, woonplaats en indien beschikbaar, telefoonnummer en e-mailadres van de kleinverbruiker;
 - 2°. factuuradres en bankrekeningnummer en indien beschikbaar het mandaat voor automatische afschrijving van de kleinverbruiker;
 - 3°. hoogte en betalingsfrequentie van het voorschotbedrag;

²⁰ Besluit van de Minister van Economische Zaken van 2 april 2013, nr. WJZ / 13052618, houdende regels inzake de verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de ACM (Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM)

²¹ Hierbij is ook relevant dat het Hof van Justitie de bevoegdheden van de nationale regulerende autoriteiten op teleologische wijze uitlegt. Zie bv S.A.C.M. Lavrijssen & A.T. Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 2012, p. 419-445.

²² Besluit van 8 mei 2003, BWBR0015051, houdende regels voor de vergunning voor levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers) en Besluit van 2 juni 2003, BWBR0015154 houdende regels voor de vergunning voor levering van gas aan kleinverbruikers (Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers).

- 4°. indien van toepassing, dat sprake is van teruglevering van elektriciteit;
- 5°. EAN-code die is toegekend aan de aansluiting en waarvoor de leveringsovereenkomst is gesloten;
- 6°. naam van de betreffende netbeheerder,

- c. de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en
- d. de aanvrager geen surseance van betaling is verleend.

Volgens artikel 3, lid 2 hanteert de aanvrager redelijke voorwaarden indien hij:

- a. duidelijke offertes en overeenkomsten hanteert, waarin de hoogte van de tarieven en de opbouw hiervan is aangegeven,
- b. een transparante en redelijke betalingsregeling hanteert,
- c. een transparante en redelijke regeling voor het opzeggen of ontbinden van overeenkomsten hanteert en
- d. in staat is klachten en geschillen op een adequate wijze te behandelen.

Het bvg bevat deels vergelijkbare maar ook aanvullende bepalingen inzake de procedure en voorwaarden voor vergunningverlening. Zo wordt als aanvullende eis gesteld dat de aanvrager informatie aanlevert over:

- a. een schatting van de verwachte afzet aan kleinverbruikers gedurende tenminste de eerste 12 maanden na het verlenen van de vergunning,
- b. één of meer overeenkomsten ten behoeve van de inkoop van gas en voor het daarvoor benodigde transport,

Volgens artikel 3, lid 1 van het bvg kan de aanvrager redelijkerwijs in staat worden geacht de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 5 van de Gaswet na te komen indien hij over zodanige inkoop- en transportcontracten beschikt dat hij, gelet op de te verwachten afzet, in staat zal zijn om op een betrouwbare wijze zorg te dragen voor de levering van gas aan iedere kleinverbruiker die daarom verzoekt. Voorts wordt in het tweede lid, onder meer, bepaald, dat de aanvrager beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten indien:

- a. de aanvrager financieel in staat is de termijn tussen uitgaven voor inkoop van gas en transportcapaciteit en inkomsten van kleinverbruikers te overbruggen.

Middels het Toetsingskader AO/IC heeft de ACM invulling gegeven aan de eisen die worden gesteld aan de administratieve organisatie. De AO/IC is een checklist voor de maatregelen en processen die de ACM van een aanvrager verwacht bij de vergunningaanvraag.²³

1. Beschrijving interne beheersmaatregelen ivm compliance wet- en regelgeving
2. Beschrijving van organisatiecultuur, gedragscode en voorkomen van schade consumenten vertrouwen om cultuur van integer handelen te borgen.
3. Beschrijving opzet administratieve organisatie en interne beheersing belangrijkste processen voor controle technische functiescheiding.
4. Beschrijving van de belangrijkste bedrijfsprocessen, de aanwezige risico's en de wijze waarop de risico's worden beheerst voor beheersing bedrijfsprocessen.²⁴
5. Een beschrijving van de energiebalans en het proces van verbandscontrole tbv controle van op informatie en verbandscontrole.
6. Een beschrijving van registers (tenminste contractenregister verkoop, contracten register inkoop, klachtenregister) voor controle op informatie, registers
7. Beschrijving van de wijze waarop de aanvrager de continuïteit van gegevensverwerking waarborgt tegen brand, diefstal, cybercrime en fraude tbv beveiliging.

²³ [Bijlage 1: Toetsingskader AO/IC \(acm.nl\)](#)

²⁴ Het proces 'inkoop' bevat tenminste de volgende interne beheersmaatregelen;

F) Er is een geformaliseerd risicobeheersingsproces om het prijsniveau op de vaste prijs portefeuille tot een aanvaardbaar niveau te beperken (er dient een norm te zijn voor maximale 'risk exposure' van de energieleverancier).

G) Het risicobeheersingsproces wordt periodiek gemonitord (teneinde vast te stellen of de 'risk exposure' binnen de onder f gestelde bandbreedte valt);

H) Voorschot- en correctiefacturen betreffende inkoop van energie worden zichtbaar gecontroleerd (op hoeveelheden en prijzen).

Het proces liquiditeitsbeheer bevat tenminste de volgende interne beheersmaatregelen;

I. Minimaal een keer per maand worden liquiditeitsprognoses door de energieleverancier opgesteld (financieringsbehoeften worden hierdoor tijdig geïdentificeerd).

De ACM heeft de wettelijke vereisten nauwelijks uitgewerkt in beleid. Wat onder organisatorische en financiële kwaliteiten precies moet worden verstaan is beperkt duidelijk. De ACM heeft wel een toetsingskader gepubliceerd ten aanzien van de eisen die worden gesteld aan de administratieve organisatie. Dit is vooral een checklist voor processen die moeten zijn ingericht, zonder dat daar eisen worden gesteld aan de werking van deze processen. Bij de vergunningaanvraag moet de onderneming een assurance-rapport van een onafhankelijke accountant overleggen waarin deze verklaart dat aan de opzet van de administratieve organisatie is voldaan. In de beschrijving van de belangrijkste bedrijfsprocessen moeten de aanwezige risico's binnen deze processen en de wijze waarop deze risico's door de leverancier worden beheerst, worden beschreven. Er wordt tenminste een beschrijving vereist van de processen die betrekking hebben op: verkoop, inkoop, liquiditeitsbeheer en klachtenbeheer. De ACM beoordeelt bij de vergunningverlening echter alleen of de processen aanwezig zijn. Zij beoordeelt niet inhoudelijk welke risico's de onderneming denkt te gaan lopen en of er voldoende maatregelen worden getroffen om die risico's te beheersen. De ACM beoordeelt bijvoorbeeld alleen of er een proces is beschreven omtrent risicobeheer, maar niet of de onderneming mogelijke risico's als gevolg van de inkoopstrategie voldoende afdekt en of de ondernemer deskundig is om met succes de risico's op de volatiele energiemarkt te beheersen.

3.3. Voorschriften aan de vergunning

Volgens artikel 95 e, lid 1, Elektriciteitswet 1998, kan de Minister voorschriften en beperkingen verbinden aan een vergunning. Volgens het tweede lid kan de Minister de aan een vergunning verbonden voorschriften of beperkingen wijzigen.

3.4. Toezicht

Na de vergunningverlening houdt de ACM toezicht op de naleving van de vergunningvoorwaarden en de verplichtingen op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Volgens artikel 6b van de Instellingswet ACM verstrekt een ieder de ACM desgevraagd de gegevens en inlichtingen en verschaft haar desgevraagd inzage in de gegevens en bescheiden die redelijkerwijs nodig zijn voor de uitvoering van de wettelijke taken van de ACM.

Op grond van artikel 95, b, lid 2 verschaft een houder van een vergunning de ACM 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. Indien de ACM 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 (vergelijk artikel 44 Gaswet). Dit artikel is bedoeld om consumenten te beschermen tegen te hoge energieprijzen. In de Concept Energiewet wordt het artikel verwijderd. De reden die wordt genoemd, is dat de markt voor energieleveranciers voldoende concurrerend is en de vangnetregulering niet meer nodig is.

Indien de ACM het vermoeden heeft dat een leverancier zijn verplichtingen inzake een betrouwbare energielevering niet nakomt, kan de ACM nadere informatie vragen en inzage in gegevens vereisen om te controleren of de energieleverancier voldoet aan wettelijke voorwaarden en vergunningsvoorschriften.

Indien de ACM gebreken in de bedrijfsvoering en beheersprocessen van de leverancier ontdekt, heeft de ACM de bevoegdheid om een bindende gedragslijn op te leggen. Volgens artikel 5a Ewet 1998 kan de ACM een bindende gedragslijn opleggen in verband met de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 2019/943, verordening 2019/942 en verordening 1227/2011. Artikel 1 b van de Gaswet bevat een vergelijkbaar artikel. Volgens artikel 1, lid 1 onder ax Ewet 1998 is een bindende gedragslijn: een zelfstandige last die niet wegens een overtreding wordt opgelegd. Met het opleggen van een bindende gedragslijn kan de ACM gedragsvoorschriften opleggen aan de energieleveranciers waarmee open normen (zoals de betrouwbaarheidsnorm) uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet kunnen worden geconcretiseerd.

In geval een energiebedrijf normen uit de Elektriciteitswet 1998 en/of Gaswet overtreedt zoals artikel 95b Ewet 1998, kan de ACM een boete of een last onder dwangsom opleggen (zie artikel 77i, artikel 77 h Elektriciteitswet 1998 en vgl artikel 60 ac en artikel 60ab Gaswet). Volgens artikel 12j Instellingswet, kan de ACM in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift met het toezicht op de naleving waarvan zij is belast, aan de overtreder een bindende aanwijzing opleggen. De ACM is belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen die gelden bij of krachtens de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Dit betekent dat de ACM een bindende aanwijzing kan opleggen aan een partij die de wettelijke voorwaarden en de vergunningvoorwaarden voor energielevering niet naleeft.

3.5. Intrekken vergunning

Naast bovengenoemde handhavende bevoegdheden kan de minister ook besluiten tot de intrekking van een vergunning. Artikel 95f, lid van de Elektriciteitswet 1998 bepaalt:

Onze Minister kan een vergunning intrekken, indien:

- a. de houder van de vergunning dit verzoekt;
- b. de houder van de vergunning in onvoldoende mate voldoet aan de verplichting, bedoeld in [artikel 95b](#);

- c. de houder van de vergunning de in de vergunning opgenomen voorschriften of opgelegde beperkingen niet nakomt;
- d. de houder van de vergunning bij de aanvraag onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste en volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag zou hebben geleid;
- e. de houder van de vergunning naar het oordeel van Onze Minister om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen voorschriften na te komen;
- f. de houder van de vergunning de voorschriften bij of krachtens de [artikelen 95k](#) en [95l](#) niet nakomt.

Uit het voorgaande volgt, dat indien de vergunninghouder niet in staat is om te voldoen aan de plicht om op betrouwbare wijze energie te leveren, dat een grond kan zijn om de vergunning in te trekken. Intrekking van een vergunning is een zwaar middel en de ACM dient bij de toepassing van deze bevoegdheid het proportionaliteitsbeginsel te respecteren. Dit beginsel houdt in dat de inzet van de bevoegdheid noodzakelijk moet zijn en dat er geen minder vergaande instrumenten voor handen zijn. Gelet op de zwaarte van de intrekkingbevoegdheid zal deze bevoegdheid als uiterste redmiddel moeten worden ingezet, als andere instrumenten, zoals bindende gedragslijnen, niet hebben geleid tot gedragsverandering bij de betreffende leverancier.

3.6. Faillissement energieleverancier

Indien een energieleverancier failliet gaat moet de energielevering in principe doorgaan. Volgens artikel 16, lid 1 onder m Elektriciteitswet 1998 hebben de netbeheerders de taak om voorzieningen te treffen in geval van een faillissement van een leverancier van elektriciteit aan afnemers als bedoeld in [artikel 95a, eerste lid](#) (vergelijk artikel 10, lid 3 onder c Gaswet).²⁵ De landelijk netbeheerder zorgt ervoor dat de klanten van het failliete bedrijf worden verdeeld onder andere energieleveranciers.

Wanneer ACM de leveringsvergunning voor elektriciteit en/of gas van een energieleverancier (hierna: vergunninghouder) die aan kleinverbruikers levert intrekt, bijvoorbeeld vanwege een (dreigend) faillissement, treedt een wettelijke procedure in werking (SLR procedure). Deze procedure is beschreven in de Besluiten leveringszekerheid gas en elektriciteit, de Netcode elektriciteit, de Taken code en Transport code Gas Landelijk netbeheerder alsmede in de wettelijke taken van de landelijke netbeheerders. Het hoofddoel van de procedure is gericht op het waarborgen van de leveringszekerheid.²⁶ De nota van toelichting bij een wijzigingsbesluit van voornoemde besluiten en het Bve en Bvg overweegt dienaangaande;

“In de energiemarkten bestaat evenals in overige markten het risico dat bedrijven in betalingsproblemen komen of zelfs failliet gaan. In de Besluiten leveringszekerheid zijn daarom maatregelen opgenomen om te voorkomen dat de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers, inclusief de administratieve afwikkeling van die levering, wordt onderbroken als een leverancier zijn plicht tot levering niet langer kan nakomen.”²⁷

“Ervaring bij enkele faillissementen heeft laten zien dat de huidige procedures over het algemeen voorzien in een adequate bescherming van kleinverbruikers tegen de gevolgen van zo'n faillissement maar dat aan de ontvangende leveranciers niet altijd voldoende gegevens van hun nieuwe klanten kunnen worden meegegeven. Om te waarborgen dat de ontvangende leveranciers in staat zijn om de kosten van de inkoop van extra energie voor hun nieuwe klanten tijdig bij deze klanten in rekening te brengen, wordt met dit besluit voorzien in de beschikbaarheid en overdraagbaarheid van de klantgegevens die relevant zijn voor de ontvangende leverancier om de overgedragen klanten snel de juiste rekening te kunnen sturen. Omdat de periode van één dag onvoldoende kan zijn om alle klanten en hun gegevens aan de overige leveranciers over te dragen wordt met de onderhavige wijziging een periode van maximaal tien werkdagen in de Besluiten leveringszekerheid opgenomen voor die overdracht. Tenslotte wordt de mogelijkheid in de besluiten opgenomen om de ontvangende leveranciers (die de klanten overnemen van de failliete leverancier) tijdelijk een garantie te verstrekken om de inkoop van energie te financieren gedurende de eerste weken waarin de facturering van de nieuwe klanten nog niet is ingeregeld.”²⁸

Een intern document van de ACM inzake de SLR procedure noemt de volgende specifieke doelen van de procedure.

- 1) Het overdragen van de klanten van de wegvallende leverancier aan andere vergunninghouders, zonder dat deze zelf in de problemen komen;
- 2) Continuïteit van levering van energie aan kleinverbruikers van gas en elektriciteit;

²⁵ Besluit van 14 februari 2006, houdende regels inzake voorzieningen in verband met de leveringszekerheid (Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998) en Besluit Besluit van 13 april 2004, houdende regels inzake voorzieningen in verband met de leveringszekerheid (Besluit leveringszekerheid Gaswet).

²⁶ Memorie van Toelichting bij Besluit van 12 juli 2018, houdende wijziging van het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998, het Besluit leveringszekerheid Gaswet, het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers en het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers in verband met het versterken van de positie van leveranciers bij restverdeling staat, Staatsblad 2018, nr. 231.

²⁷ Nota van Toelichting, p. 7.

²⁸ Nota van Toelichting p. 7-8.

3) Economische leveringszekerheid en systeemstabiliteit.

De nota van toelichting legt vervolgens de systematiek van de besluiten Leveringszekerheid uit²⁹;

“Een leverancier die niet aan zijn verplichting om elektriciteit of gas aan kleinverbruikers te leveren kan voldoen dient dit te melden bij Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) en bij de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en de netbeheerder van het landelijk gastransportnet (hierna gezamenlijk aangeduid als de landelijke netbeheerders). Naast het faillissement of de surseance van betaling van de leverancier kan diens onvermogen om de continuïteit van levering aan kleinverbruikers te garanderen ook andere oorzaken hebben. Zo kan een leverancier in betalingsproblemen verkeren zonder dat een faillissement of surseance van betaling is aangevraagd of kunnen er zich administratieve problemen voordoen bijvoorbeeld als gevolg van internetcriminaliteit waardoor niet langer aan de plicht tot levering kan worden voldaan. Ook een netbeheerder die, bijvoorbeeld omdat netwerkkosten niet tijdig worden afgedragen, het vermoeden heeft dat een leverancier niet langer aan zijn leveringsverplichting aan kleinverbruikers kan voldoen dient dit te melden bij ACM en de landelijke netbeheerders. Naar aanleiding van een melding door de leverancier of een netbeheerder vindt overleg plaats tussen ACM, de landelijke netbeheerders en de leverancier, eventueel met diens bewindvoerder of de curator. ACM trekt na dit overleg de vergunning in indien zij er niet van overtuigd is dat de levering van elektriciteit en of gas aan kleinverbruikers is gegarandeerd “.

Met het intrekingsbesluit van de ACM treedt een zogenaamde ‘vensterperiode’ in werking van (maximaal) 20 werkdagen, tenzij de vergunning per direct wordt ingetrokken.

Wanneer de vergunning wordt ingetrokken vanwege een (dreigend) faillissement, gebeurt tijdens de vensterperiode het volgende:

1. Er wordt onderzocht of een doorstart van het energiebedrijf mogelijk is.
2. De curator kan proberen om de boedel waaronder het klantenbestand aan een andere vergunninghouder te verkopen.

Als optie 1 en 2 niet mogelijk blijken dan blijft optie 3 over:

3. De klanten worden verdeeld over andere vergunninghouders. Dit wordt gedaan onder coördinatie van de landelijk netbeheerders via een verdeelsleutel (gebaseerd op marktaandeel van de overige vergunninghouders) naar rato van marktaandeel.

In de vensterperiode kunnen kleinverbruikers die klant zijn van de (failliete) vergunninghouder niet overstappen naar een andere vergunninghouder (switch blokkade). Deze maatregel dient ter bescherming van de boedel en ter voorkoming van administratieve chaos. Zo komt niemand zonder energie te zitten en kunnen de landelijke netbeheerders en de curator zo snel mogelijk hun werk doen. Hoewel het verbod voor consumenten om over te stappen gedurende de vensterperiode de procedure overzichtelijk en efficiënt houdt, kunnen klanten met een ongunstiger contract worden geconfronteerd bij het overstappen naar een nieuwe leverancier. Daarnaast is met deze procedure via de curator niet geborgd dat alle marktpartijen kunnen (mee-)bieden op de klantportefeuille. Het is dus mogelijk dat een marktpartij zijn marktaandeel kan vergroten zonder dat andere marktpartijen een kans hebben om mee te dingen naar (een deel van) de klantenportefeuille.

3.7. Concept Energiewet

In de concept-Energiewet wordt bepaald dat een leveringsvergunning is vereist voor de levering van gas of elektriciteit aan afnemers met een kleine aansluiting en voor de facilitering van peer- to- peer handel voor afnemers met een kleine aansluiting. Peer- to- peer handel wordt in de concept-Energiewet nader afgebakend als de geautomatiseerde afhandeling van de levering van hernieuwbare elektriciteit van een eindafnemer die elektriciteit over heeft en deze wil verkopen aan een afnemer die deze elektriciteit wil kopen.

De eisen waaraan een vergunningaanvrager moet voldoen, worden aangescherpt in de concept-Energiewet. De reden hiervoor is dat afnemers met een kleine aansluiting moeten worden beschermd en dat zij moeten worden belevd door betrouwbare en financieel stabiele partijen. Het wetsvoorstel geeft met de aanpassingen invulling aan een motie van het lid Beckerman c.s., betreffende strengere eisen voor energieleveranciers, in het bijzonder in het geval van faillissement.³⁰ Tevens wordt volgens de Memorie van Toelichting bij de concept Energiewet tegemoet gekomen aan een toezegging van de Minister om samen met de ACM te bekijken of de voorwaarden waaronder leveranciers hun vergunning krijgen moeten worden aangescherpt en te bekijken of er meer controle moet worden uitgeoefend.³¹ Het wetsvoorstel noch de parlementaire toelichting geven aan hoe de financiële continuïteit van de energieleveranciers moet worden geborgd.³²

De Memorie van Toelichting vermeldt dat conform de bestaande regels energieleveranciers moeten kunnen aantonen dat zij zowel bij de vergunningverlening als in periode daarna (blijvend) beschikken over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten om daadwerkelijk energie te kunnen leveren aan eindafnemers met een kleine aansluiting. Er wordt nu ook expliciet de eis gesteld dat de

²⁹ Nota van Toelichting, p. 7-9.

³⁰ MvT concept Energiewet, p. 32. Kamerstukken II, 2018/2019, 30196, nr. 658: Motie van het lid Beckerman cs d.d. 20 juni 2019.

³¹ Memorie van Toelichting, p. 32.

vergunningaanvrager/houder dient te beschikken over de nodige deskundigheid voor de goede uitvoering van de taak. Een deel van de strengere eisen zal worden uitgewerkt in lagere regelgeving.

De belangrijkste wijzigingen zijn;

- De leveranciers zullen bij de aanvraag, en periodiek na de aangifte, een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) moeten overleggen. De eis voor een VOG zal in lagere wetgeving worden opgenomen en worden uitgewerkt.³³ Deze eis moet eraan bijdragen dat de integriteit van de leveranciers kan worden getoetst. Tevens leidt een VOG screening volgens de Memorie van Toelichting tot een bescherming van de afnemers, omdat beter is geborgd dat zij worden beleverd door betrouwbare leveranciers.³⁴
- Het zal mogelijk worden om de integriteit van de vergunningaanvrager/vergunninghouder op grond van de Wet Bibop te toetsen. Door deze toetsing wordt voorkomen dat de ACM ongewild criminele activiteiten faciliteert.³⁵
- Het wetsvoorstel maakt expliciet dat de vergunninghouder blijvend aan de vergunningaanvraag gestelde eisen moet voldoen (art. 2.20 en art. 2.21. concept Energiewet). Deze plicht kon eerder ook al uit de bestaande wetgeving worden afgeleid. Zie bijvoorbeeld artikel 95f Elektriciteitswet 1998;

1. Onze Minister kan een vergunning intrekken, indien:

a. de houder van de vergunning dit verzoekt;

b. de houder van de vergunning in onvoldoende mate voldoet aan de verplichting, bedoeld in [artikel 95b](#);

c. de houder van de vergunning de in de vergunning opgenomen voorschriften of opgelegde beperkingen niet nakomt;

d. de houder van de vergunning bij de aanvraag onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste en volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag zou hebben geleid;

e. de houder van de vergunning naar het oordeel van Onze Minister om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen voorschriften na te komen;

f. de houder van de vergunning de voorschriften bij of krachtens de [artikelen 95k](#) en [95l](#) niet nakomt.

2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de tijdelijke voorzieningen en de procedure bij intrekking van een vergunning.

3.7.1. Nadere invulling van de organisatorische, financiële en administratieve kwaliteiten alsmede voldoende deskundigheid

Het wetsvoorstel bevat een grondslag om bij lagere regelgeving nader uitwerking te geven aan de plicht voor de vergunninghouder om (blijvend) te beschikken over organisatorische, financiële en technische kwaliteiten alsmede voldoende deskundigheid. Wijzigingen in één of meer van deze kwaliteiten kunnen ertoe leiden dat niet meer wordt voldaan aan de vergunningseisen.³⁶ De Memorie van Toelichting noemt dat wordt gedacht aan het opnemen van een plicht in lagere regelgeving om wijzigingen in bepaalde aspecten van de kwaliteiten te melden, zoals bijvoorbeeld de wisseling of het wegvallen van een balanceringsverantwoordelijke partij.³⁷ De wetgeving bevatte deze plicht eerder niet expliciet, maar dat was wel door de wetgever beoogd en door de ACM in vergunningeisen opgenomen volgens het bve en bvg. Vervolgens vermeldt de Memorie van Toelichting dat naast deze meldplicht wordt gedacht aan de verplichting voor de aanvrager om niet alleen bij de aanvraag om een accountantsverklaring (controleverklaring) te kunnen overleggen, maar dit (na vergunningverlening), jaarlijks te herhalen.³⁸

3.8. Conclusie wettelijk kader Elektriciteitswet en Gaswet

Uit het voorgaande samenstel van wettelijke bepalingen blijkt dat de ACM (namens de minister) bij de vergunningaanvraag moet toetsen of de aanvrager beschikt over voldoende financiële, organisatorische en technische kwaliteiten en of de aanvrager kan voldoen aan 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 (kleinverbruiker) die daarom verzoekt. Hoewel het voeren van een betrouwbare inkoopstrategie door de volatiliteit van

³³ P. 32.

³⁴ P. 33.

³⁵ P. 33.

³⁶ P. 33.

³⁷ P. 33.

³⁸ P. 34.

de energieprijzen erg complex is en specifieke kennis over het handelen van energie vereist, wordt door de wetgever niet expliciet vereist dat de leverancier over voldoende deskundigheid beschikt voor het voeren van een betrouwbare inkoopstrategie en het voeren van een adequaat risicobeheersingssysteem. Echter, de aanwezigheid van voldoende deskundigheid zou wel als een nadere invulling van financiële of organisatorische kwaliteiten kunnen worden gezien (zie volgende paragraaf).

Hoewel dit niet expliciet is vastgelegd, is de wet gebaseerd op de assumptie dat de vergunningaanvrager ook na de vergunningverlening (blijvend) aan voornoemde eisen moet voldoen. Het past ook in de lijn van de teleologische benadering van het Hof van Justitie bij de uitleg van bevoegdheden van de nationale regulerende autoriteiten zoals de ACM, dat de nationale autoriteit alle maatregelen treft binnen haar bevoegdheden om de doelstellingen van haar bevoegdheden te realiseren. Op grond van het Europees recht en de formulering van de wettelijke bepalingen inzake het toezicht op de vergunningaanvragers/houders zijn wij van mening dat de ACM een ruime beoordelingsvrijheid heeft om een nadere invulling te geven aan de vereiste 'organisatorische, financiële en technische kwaliteiten'. Na vergunningverlening kan de ACM doorlopend toetsen aan deze eisen en indien nodig handhavend optreden op grond van de wettelijke normen die zij nader kan invullen via beleidsregels.³⁹ Zo heeft de ACM de bevoegdheid om een bindende gedragslijn op te leggen indien niet wordt voldaan aan de wettelijke verplichtingen. Ook zou zij eventueel een bindende aanwijzing, een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete kunnen opleggen, indien een vergunninghouder bij of krachtens de wet geldende verplichtingen niet nakomt. Als ultimum remedium zou de minister een vergunning kunnen intrekken.

³⁹ De ACM heeft in haar toezicht op de energiemarkt een aantal keer gebruik gemaakt van haar sanctie instrumentarium. Zo zijn er boetes en lasten onder dwangsom opgelegd als gevolg van schending van consumentenbeschermings- en transparantie bepalingen. Er zijn voor zover wij hebben kunnen nagaan geen sancties opgelegd wegens het niet blijvend voldoen aan de financiële kwaliteiten.

4. Werkwijze bij het toezicht op energieleveranciers

In dit hoofdstuk worden per fase van het toezicht (vergunningverlening, doorlopend toezicht en intrekking van de vergunning/afwikkeling na faillissement) besproken op basis waarvan het toezicht door de ACM wordt gehouden en hoe de ACM daarbij wet- en regelgeving interpreteert. Bij elk van de fasen in het toezichtproces is opgenomen welke observaties de onderzoekers daarbij hebben. Voor de interpretatie en uitvoering van de ACM is gebruik gemaakt van inzichten uit de verschillende interviews, door de ACM gepubliceerde informatie voor ondernemingen die een vergunning aanvragen en ondernemingen die onder toezicht van de ACM staan en interne werkinstructies van de ACM.

4.1. Vergunningverlening

4.1.1. Interpretatie en beoordeling financiële, organisatorische en technische kwaliteiten

4.1.1.1. Bevindingen

Leveranciers die aan kleinverbruikers elektriciteit en/of gas willen leveren hebben een wettelijke vergunningplicht op basis van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. De ACM beslist namens de minister van EZK over de vergunningverlening. Het doel van de vergunningplicht is te waarborgen dat alleen leveranciers de markt betreden die in staat zijn om op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit en/of gas aan kleinverbruikers.

De wetgeving schrijft voor dat vergunningaanvragers moeten voldoen aan financiële, organisatorisch en technische kwaliteiten (zie paragraaf 3.2). Zoals beschreven in hoofdstuk 3 is de wetgeving weinig specifiek over *hoe* de vergunningaanvragers aan hun verplichting van financiële, organisatorische en technische kwaliteiten moeten voldoen en in het bijzonder wat de criteria zijn waarop de ACM toetst bij vergunningverlening. Om die reden en gezien de intentie om de toegang tot de markt zo min mogelijk te belemmeren, is de ACM van mening dat de wetgeving weinig mogelijkheden biedt om nadere eisen te stellen aan deze financiële, organisatorische en technische kwaliteiten van de vergunningaanvragers. Deze eisen zijn beperkt nader ingevuld voor de organisatorische, technische kwaliteiten en de financiële kwaliteiten, waarbij het Bvg meer bepaalt over de financiële kwaliteiten dan het Bve.

Organisatorische kwaliteiten

Beknopte uiteenzetting wettelijk kader

Volgens artikel 3, lid 1 van het Bve beschikt de aanvrager over de benodigde organisatorische kwaliteiten indien de aanvrager over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop beschikt.

Interpretatie en uitvoering ACM

Door de ACM wordt voor het toetsen van de organisatorische kwaliteiten een toetsingskader gehanteerd. Sinds 2014 wordt een AO/IC uitgevraagd en moet een onafhankelijke accountant in een assurance-rapport verklaren dat aan de opzet van de administratieve organisatie is voldaan.

Ter uitvoering van het Bve en Bvg, is in de AO/IC bepaald dat de aanvrager dient te beschikken over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop. Om duidelijkheid te geven over de criteria waaraan de aanvrager tenminste moet voldoen om te kunnen spreken van een "goede AO/IC" heeft de ACM een toetsingskader AO/IC opgesteld. In dit toetsingskader AO/IC heeft de ACM opgenomen welke elementen in ieder geval onderdeel uitmaken van de beschrijving van de opzet van de AO/IC. Hierbij gaat het om de volgende elementen: naleving van wet- en regelgeving, integer handelen, controle-technische functiescheiding, controle op informatie verbandscontrole, controle op informatieregisters, beveiliging en beheersing bedrijfsprocessen (waaronder risicobeheersing). Tenminste de volgende hoofdprocessen worden beschreven; verkoop, inkoop, liquiditeitsbeheer en klachtenbeheer. De ACM toetst aanvullend, op basis van de verstrekte beschrijving van de AO/IC en het assurance-rapport, een drietal belangrijke (sub)processen: debiteurenbeheer, facturatie en klachtenbeheer.

Met het ingevulde toetsingskader AO/IC wordt de aanvrager geacht te beschikken over de benodigde organisatorische kwaliteiten. De ACM toetst bij de vergunningaanvraag niet expliciet of de aanvrager beschikt over voldoende deskundigheid om de risico's die gepaard gaan met de onderneming, waaronder bijvoorbeeld de risico's van de gekozen inkoopstrategie, te beheersen.

Aandachtspunten onderzoekers

De vergunningaanvragers worden gevraagd om in de AO/IC risico's te identificeren en om aan te geven of bepaalde processen bestaan om risico's tegen te gaan. Daarbij wordt door de ACM niet inhoudelijk beoordeeld of risico's afdoende zijn geïdentificeerd en of de ingestelde risicobeheersingsprocessen voldoende adequaat zijn. De enkele aanwezigheid van een proces is voldoende om aan de eisen van de AO/IC te voldoen. De ACM maakt bij de vergunningaanvraag geen inhoudelijke beoordeling van de risico's die een onderneming loopt of de wijze waarop deze worden beheerd. Zo kan het voorkomen dat een vergunningaanvrager kiest voor een risicovolle inkoopstrategie maar de daarbij behorende (markt-)risico's niet beheerd. Doordat de ACM dergelijke risico's niet inhoudelijk beoordeelt en niet verifieert of de kwaliteit van de risicobeheersingsprocessen aansluit op deze risico's, kan de continuïteit van de onderneming niet goed worden beoordeeld. De beheersing van (inkoop-)risico's is zeker in de volatiele en complexe energiemarkt een belangrijk aandachtspunt dat ons inziens onderdeel zou moeten uitmaken van de beoordeling van een vergunningaanvraag in het licht van de eis dat de vergunningaanvrager beschikt over financiële en

organisatorische kwaliteiten. Binnen een onderneming moet voldoende deskundigheid aanwezig zijn om een adequate inschatting van risico's en het opzetten van kwalitatief goede risicobeheersingssystemen mogelijk te maken. De ACM beoordeelt bij de aanvraag niet of de vereiste deskundigheid aanwezig is bij de vergunningaanvragers.

Technische kwaliteiten

Beknopte uiteenzetting wettelijk kader

De aanvrager of, indien de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, degene aan wie de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, voor voldoende lange termijn een erkenning als volledig programma-verantwoordelijke is verleend

Interpretatie en uitvoering ACM

Bij een vergunningaanvraag voor het leveren van elektriciteit en gas, toetst de zaakbehandelaar de technische kwaliteit van beide onderdelen afzonderlijk. Hierbij gaat het in de essentie om de beoordeling of een aanvrager in staat is om op een betrouwbare wijze gas en/of elektriciteit te leveren aan kleinverbruikers. Hiervoor zal de aanvrager de inkoop en programmaverantwoordelijkheid moeten hebben geregeld op het moment van aanvraag.

Aandachtspunten onderzoekers

Programma verantwoordelijkheid ligt volgens de wet bij de energieleveranciers van kleinverbruikers en bij afnemers van elektriciteit, met uitzondering van de kleinverbruikers (artikel 1 lid 1 onder l en o Elektriciteitswet 1998 jo artikel 95a, lid 1 Elektriciteitswet 1998). Tennaet verleent erkenning aan partijen die verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van programma verantwoordelijkheid. Zij worden erkend als balanceringsverantwoordelijke partij. Partijen die erkend zijn voor de uitoefening van programmaverantwoordelijkheid, mogen energieprogramma's indienen bij Tennaet. Partijen met programmaverantwoordelijkheid mogen deze overdragen aan een andere partij die is erkend als balanceringsverantwoordelijke partij. Veel partijen die programmaverantwoordelijk zijn kunnen of willen niet worden erkend door Tennaet, omdat Tennaet zware financiële eisen stelt aan een aanvrager van erkenning van programma verantwoordelijkheid ⁴⁰). Programmaverantwoordelijke partijen dragen daarom de uitoefening van programmaverantwoordelijkheid over aan door Tennaet erkende PV-houders of balanceringsverantwoordelijke partijen. De financiële eisen die Tennaet stelt worden nader uitgewerkt in de netcode elektriciteit. De financiële eis bestaat uit jegens Tennaet te stellen financiële zekerheid blijvend uit een bankgarantie, desgewenst aangevuld met een bij Tennaet aangehouden deposito (Artikel 10.8 netcode elektriciteit). Ook is een partij die is erkend voor de uitoefening van programmaverantwoordelijkheid financieel aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte onbalans en hebben erkende partijen aanzienlijke administratieve lasten voor de uitvoering van de Programma verantwoordelijkheid.

Aangezien programmaverantwoordelijkheden de programma verantwoordelijkheid voor meerdere spelers kunnen beheeren, kunnen financiële problemen bij deze partijen ook tot problemen bij andere vergunninghouders leiden. De vraag is of de financiële eisen gesteld door Tennaet voldoende zijn om deze risico's tegen te gaan. De ACM heeft zelf geen bevoegdheid om direct toezicht te houden op de betrouwbaarheid en continuïteit van de partijen die zijn erkend als programmaverantwoordelijken en de wijze waarop zij dit uitvoeren.

Financiële kwaliteiten

Beknopte uiteenzetting wettelijk kader

Een zaakbehandelaar beoordeelt de aanvraag naast de organisatorische en technische kwaliteiten ook op financiële kwaliteiten. Het doel is dat de aanvrager moet aantonen of deze op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden energie kan leveren aan kleinverbruikers en de verplichtingen uit hoofdstuk 8 van de Elektriciteitswet 1998 en hoofdstuk 5 van de Gaswet kan nakomen. Volgens de relevante wettelijke bepalingen beschikt de aanvrager over de benodigde financiële kwaliteiten als deze tenminste niet in staat van faillissement verkeert en de aanvrager geen surseance van betaling is verleend.

Interpretatie en uitvoering ACM

Ten aanzien van de financiële kwaliteiten geldt dat ondernemingen bij vergunningverlening niet hoeven te voldoen aan bepaalde eisen rondom eigen vermogen, solvabiliteit of liquiditeit. Wel wordt door de ACM beoordeeld of de onderneming in staat is om gedurende het eerste jaar te voldoen aan de verwachte afzet aan kleinverbruikers. De ACM beoordeelt niet het bedrijfsmodel of de vraag of de onderneming met het door haar gekozen bedrijfsmodel een duurzaam financieel gezonde onderneming kan drijven. De ACM monitort wel de financiële positie van energieleveranciers. Deze monitoring is vooral gericht op de vraag of de liquiditeitsprognose voldoende is om de komende 12 maanden te voldoen aan de verplichtingen richting klanten.

Aandachtspunten onderzoekers

De toetsing van de financiële kwaliteiten door de ACM gebeurt op dit moment terughoudend.

Er wordt geen beoordeling uitgevoerd van toekomstbestendigheid, betrouwbaarheid en houdbaarheid van het bedrijfsmodel. Het valt ons verder op dat eis van financiële kwaliteiten niet nader is ingevuld door middel van het blijvend voldoen aan eisen aan de solvabiliteit, liquiditeit of het eigen vermogen. Daarnaast worden geen eisen gesteld aan het herstellvermogen van de energieleverancier. Bijvoorbeeld doordat in geval van financiële tegenwind al duidelijk is welke middelen de energieleverancier heeft om tegenslag op te vangen en welke mogelijkheden er zijn om onder die omstandigheden financieel gezond te blijven of te worden.

⁴⁰ Universiteit Utrecht CWOSL, Centrum voor Energievraagstukken, Power to the people, 2021, p.14 ([20210921-Power-to-the-People-rapport-TKi-1621504 \(uu.nl\)](https://www.uu.nl/onderzoek/onderzoeksgroepen/cwosl/publicaties/2021/09/21/power-to-the-people-rapport-tki-1621504))

Verder wordt door de ACM het doel van consumentenbescherming bij de het beoordelen van de financiële kwaliteiten in het kader van de vergunningaanvraag vrij nauw geïnterpreteerd doordat met name wordt gekeken naar consumentenbescherming in enge zin, te weten de leveringszekerheid door de leverancier in het eerste jaar. Door deze interpretatie is de korte horizon van 12 maanden in de liquiditeitstoets begrijpelijk, omdat contracten vaak voor een jaar worden afgesloten en consumenten na dat jaar bij een andere leverancier terecht zouden kunnen. Echter, uit de Europese richtlijnen volgt, dat het doel van consumentenbescherming door het toezichthouden op deze markt breder is en zich ook richt op de (kwetsbare) consument die moet kunnen rekenen op een betrouwbare leverancier en transparante prijzen en voorwaarden.

De bescherming van de consument kan in het geding komen wanneer de financiële betrouwbaarheid van een energieleverancier in gevaar is. Hiervan kan sprake zijn wanneer een leverancier lange termijn contracten met vaste prijzen heeft gesloten met consumenten, maar hij deze verkoopcontracten nog niet heeft afgedekt met inkoopcontracten. Dit zijn de zogenaamde open posities. Het risico bestaat dat de leverancier voor het kunnen voldoen aan de verplichtingen met consumenten wordt geconfronteerd met aanzienlijke hogere wholesale prijzen dan de afgesproken consumentenprijs. Op dat moment kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan en komt de betrouwbaarheid van de energielevering in gevaar. Indien de problemen uitmonden in een faillissement van de leverancier, kan de consument het recht op reeds betaalde voorschotten verliezen en tevens worden geconfronteerd met nieuwe contractuele voorwaarden bij een nieuwe leverancier, inclusief verhoogde energieprijzen. Hierdoor kan de betaalbaarheid van de energierekening voor (kwetsbare) energieconsumenten onder druk komen te staan. Het feit dat deze consumenten via de SLR-procedure worden overgedragen aan een andere leverancier doet daar niet aan af.

Volgens de AO/IC moet een leverancier die werkt met contracten met vaste prijzen, een adequaat risicobeheersingsysteem invoeren om risico's ten aanzien van open posities tegen te gaan. Echter de ACM geeft zelf geen invulling aan de term financiële kwaliteiten door aan te geven, wanneer sprake is van onaanvaardbare risico's en aan welke normen de risicobeheersingsprocessen moeten voldoen. De ACM maakt niet duidelijk in welke mate open posities niet verantwoordelijk zijn, op welke wijze zij moeten worden afgedekt, wat eisen zijn inzake eigen vermogen en aan welke eisen risicobeheersingsystemen moeten voldoen.

Doordat de ACM geen eisen stelt aan de solvabiliteit, het eigen vermogen en het herstelvermogen van de onderneming is het toezicht ons inziens niet voldoende gericht op de lange termijn continuïteit van de onderneming. Hierdoor bestaat vanaf het moment van vergunningverlening de kans dat risico's onvoldoende worden beheerst en dat energieleveranciers mede vanwege het ontbreken van voldoende herstelvermogen bij tegenslag, de volatiele omstandigheden op de energiemarkt en het ontbreken van voldoende deskundigheid over die markten, failliet gaan. Dit speelt vanzelfsprekend met name bij die leveranciers die in hun bedrijfsmodel uitgaan van te opportunistische aannames en onvoldoende rekening houden met de volatilititeit op de energiemarkt. Daardoor lopen (kwetsbare) consumenten onnodig risico's en kan het vertrouwen in de markt worden beschadigd en kan de bereidheid van consumenten om over te stappen dalen.

4.1.1.2. *Aanbevelingen interpretatie en beoordeling financiële, organisatorische en technische kwaliteiten*

Ondanks dat de wetgeving weinig specifieke eisen bevat voor financiële gezondheid van de energieleverancier, controle- en risicobeheersingsprocessen en deskundigheidseisen waaraan de vergunninghouder moet voldoen, zien de onderzoekers wel mogelijkheden voor een ruimere interpretatie van bevoegdheden dan nu wordt gehanteerd.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat, en namens de Minister de ACM, heeft ons inziens, mede in het licht van het Europees recht, beoordelingsvrijheid. Deze bevoegdheid biedt de ruimte om beleidsregels op te stellen die invulling geven aan de eis van "financiële, organisatorische en technische kwaliteiten". De ACM zou ons inziens deze eisen kunnen uitwerken in beleidsregels en op basis van het wettelijk kader dat wordt ingevuld door deze beleidsregels op basis van haar bestaande handhavingsbevoegdheden ook kunnen handhaven. Aangezien de bevoegdheid tot vergunningverlening een gemandateerde bevoegdheid betreft, zou de Minister de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels moeten verduidelijken in het mandaat besluit. Ook al geeft het mandaatbesluit de ACM niet expliciet de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, zal de ACM door de toepassing en invulling van de open wettelijke normen desalniettemin namens de minister beleid maken, bijvoorbeeld door de opstelling van vergunningvoorwaarden of door uitleg te geven aan vergunningaanvragers over de wettelijke vereisten voor de toekenning van een vergunning.

Beleidsregels van de ACM zouden gelet op het bredere belang van consumentenbescherming gericht kunnen zijn op de waarborging van de continuïteit van de energieleverancier. Die regels zouden meer specifiek betrekking kunnen hebben op normen voor maximale risk exposure, de liquiditeit, de afdekking van open posities, adequate risicobeheersing systemen en eigen vermogen. Daarnaast zou naar het voorbeeld van de financiële sector de eis kunnen worden gesteld dat energieleveranciers al bij vergunningaanvraag een herstelplan overleggen voor de wijze waarop zij hun financiële gezondheid kunnen herstellen in geval van tegenvallende marktomstandigheden.

Door de toetsing van de aanvaardbaarheid van het risico van de open posities (door bijvoorbeeld korte termijn inkoopstrategieën) en van de adequaatheid van de risicobeheersingsystemen kan de ACM inzicht krijgen in de risico's die de onderneming loopt en de wijze waarop deze beheerst worden en de gevolgen daarvan voor de continuïteit. De wetgever zou in de Energiewet kunnen verduidelijken dat de ACM de bevoegdheid heeft om de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten nader in te vullen. De wetgever zou daarbij zelf nadere invulling kunnen geven aan de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten in de wet of hij zou de minister bevoegd kunnen maken tot de opstelling van ministeriële regels. Ter verduidelijking van de bevoegdheden van de ACM, zou de wetgever de ACM daarnaast expliciet de bevoegdheid moeten geven om nadere (beleids-)regels te stellen. Van belang is dat de ACM voldoende ruimte heeft om bevoegdheden te interpreteren en aan te passen aan veranderende omstandigheden. Daarbij zou ook kunnen worden verduidelijkt, dat de ACM bij de vergunningaanvraag kan vragen om een herstelplan, waarin de vergunningaanvrager aangeeft welke stappen worden genomen in geval de financiële continuïteit van het bedrijf in gevaar is en hoe het bedrijf zijn positie zal verbeteren.

4.1.2. Het stellen van eisen aan de financiële gezondheid, de beheersing van risico's of het bedrijfsmodel en de deskundigheid van bestuurders

4.1.2.1. Bevindingen

Het voldoen aan de wettelijke vereisten van financiële, organisatorische en technische kwaliteiten, vraagt volgens de onderzoekers ook dat eisen moeten worden gesteld aan de aanwezigheid van deskundigheid binnen het bedrijf van de vergunningaanvrager. Zeker in een complexe markt als de energiemarkt is die deskundigheid noodzakelijk om blijvend te voldoen aan de vergunningvereisten. Op dit moment wordt door de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet geen expliciete en specifieke eisen gesteld aan deskundigheid van bestuurders. Deze deskundigheid wordt door de ACM ook niet indringend nader getoetst. Het toetsingskader AO/IC dat door de vergunningaanvrager moet worden overlegd wordt in de praktijk vaak ingevuld door een accountant die door de aanvrager is ingehuurd om daarbij te assisteren. Met de aanwezigheid van een ingevuld AO/IC toetsingskader wordt volgens de onderzoekers daarom niet noodzakelijkerwijs aangetoond dat de aanvrager ook voldoende deskundig is om een energieleverancier te leiden. Uit gesprekken komen enkele voorbeelden naar voren van bestuurders die tijdens het vergunningsverleningsproces weinig kennis tonen over belangrijke elementen van de bedrijfsvoering van een energiebedrijf, zoals de werking van de inkoop en verkoop van energie en wat de risico's zijn om je bedrijfsmodel op een bepaalde manier in te richten. Enkele geïnterviewden geven aan dat ze op basis van de eisen die vandaag de dag worden gesteld aan de vergunningaanvrager geen grondslag zien om aanvragers af te wijzen wanneer ze niet lijken te beschikken over voldoende deskundigheid voor het runnen van een bedrijf en niet beschikken over kennis van het handelen op de complexe markt die de leverancier gaat betreden.

De onderzoekers zijn van mening dat het blijvend voldoen aan de vergunningvereisten een zekere deskundigheid op het gebied van de energiemarkt, risicomanagement en bedrijfsvoering vraagt. Door bij de vergunningaanvraag bestuurders te toetsen op deskundigheid en integriteit zal de toetreding minimaal worden beperkt en het risico van een faillissement als gevolg van onvoldoende beheersing van risico's afnemen. De ACM zou zich bij deze toets kunnen laten inspireren door de praktijk van het financieel toezicht. Bestuurders van financiële ondernemingen worden getoetst op geschiktheid. Dit houdt in dat zij afhankelijk van de omvang en de complexiteit van de activiteiten van de onderneming moeten beschikken over de vaardigheden die nodig zijn om de onderneming te besturen. Deze eisen zijn opgenomen in de Beleidsregel Geschiktheid 2012⁴¹. Bij het toetsen van de geschiktheid van bestuurders wordt in het financieel toezicht zowel gekeken naar de vraag of het individu beschikt over de juiste kennis en vaardigheden als naar de vraag of het collectief dat de onderneming bestuurt over de benodigde kennis en vaardigheden beschikt.

Ten aanzien van de integriteit van de bestuurders van energieleveranciers geldt dat in de huidige wetgeving de betrouwbaarheid/integriteit van bestuurders bij vergunningverlening niet wordt getoetst. De ACM toetst wel aan de hand van het ingevulde toetsingskader voor de AO/IC of binnen een bedrijf de juiste beheersmaatregelen zijn ingericht voor het integer handelen van organisatieleden. Daarvoor dient de organisatie tenminste drie onderdelen te beschrijven in de AO/IC, namelijk een beschrijving van de organisatiecultuur, de gedragscode en het voorkomen van schade in het vertrouwen van cliënten hebben in de leverancier. Er wordt vervolgens getoetst op de aanwezigheid van een gedragscode met tenminste onderwerpen als integer handelen, de wijze waarop het management het goede voorbeeldgedrag geeft, aanspreekbaarheid van directie en management door medewerkers en de wijze waarop de energieleverancier omgaat met klanten. Ook wordt er getoetst op de aanwezigheid van een compliance officer in de organisatie en of er sprake is van een periodiek overleg, waarbij bestuurders aandacht vragen voor de thema's integer handelen en dilemma's.

In de nieuwe concept-Energiewet wordt overigens wel een expliciete juridische basis gecreëerd op basis waarvan de ACM een Verklaring omtrent het Gedrag kan vragen bij de vergunningaanvraag en een onderzoek op basis van de wet BiBoB kan starten. Het overleggen van een Verklaring omtrent het Gedrag is overigens nog altijd een zeer beperkte toets in vergelijking met de toetsing in het financieel toezicht waarbij onder meer wordt getoetst op strafrechtelijke, fiscale en financiële antecedenten.

In de concept-Energiewet is opgenomen dat in lagere regelgeving eisen kunnen worden gesteld om bij de vergunningverlening en tijdens de vergunningsperiode de (aanwezigheid van) deskundigheid bij de betrokken ondernemingen te toetsen. Volgens de toelichting bij de concept-wet worden deze specifieke eisen gesteld, omdat dat afnemers met een kleine aansluiting moeten worden beschermd en dat zij moeten worden beleverd door betrouwbare en financieel stabiele partijen.

4.1.2.2. Aanbevelingen

De ACM zou nadere eisen moeten stellen ten aanzien van de deskundigheid, financiële continuïteit en integriteit als invulling van organisatorische en financiële kwaliteiten. De ACM zou ons inziens deze eisen kunnen uitwerken in beleidsregels en op basis van het wettelijk kader dat wordt ingevuld door deze beleidsregels op basis van haar bestaande handhavingsbevoegdheden ook kunnen handhaven. Aangezien de bevoegdheid tot vergunningverlening een gemandateerde bevoegdheid betreft, zou de Minister de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels moeten verduidelijken in het mandaat besluit. Ook al geeft het mandaatbesluit de ACM niet expliciet de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, zal de ACM door de toepassing en invulling van de open wettelijke normen desalniettemin namens de minister beleid maken, bijvoorbeeld door de opstelling van vergunningvoorwaarden of door uitleg te geven aan vergunningaanvragers over de wettelijke vereisten voor de toekenning van een vergunning.

⁴¹ beleidsregel-geschiktheid-2012.pdf (dnb.nl)

Neem in de beleidsregels op dat energiebedrijven de (financiële) continuïteit moeten waarborgen en moeten beschikken over adequate deskundigheid inzake risicomanagement in relatie tot onder meer hun inkoopstrategie en mogelijke marktrisico's. De eisen inzake deskundigheid, financiële continuïteit en integriteit, zouden op basis van de huidige wetgeving al in de vergunningvoorwaarden kunnen worden opgenomen.

4.1.3 Overwegingen bij de aanbevelingen uit paragraaf 4.1.1.2. en 4.1.2.2

Het stellen van extra eisen aan (deskundigheid van bestuurders van) energieleveranciers zou afhankelijk van de zwaarte van de eisen in theorie een discriminerend effect kunnen hebben, bijvoorbeeld wanneer door kleine of startende ondernemingen niet aan die eisen kan worden voldaan of alleen tegen hoge kosten. Een oplossing daarvoor kan echter worden gevonden door te borgen dat de eisen die aan de financiële of organisatorische kwaliteiten worden gesteld zijn gebaseerd op objectieve criteria en proportioneel zijn in het licht van de omvang (van de risico's) van de betrokken ondernemingen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een systematiek waarbij de zwaarte van de eisen mede afhankelijk is van de grootte van de onderneming en de grootte van de klantenportefeuille.

Het stellen van nadere eisen voor toetreding tot en actief zijn op de energiemarkt kan mogelijk de toetreding tot die markt belemmeren. Vanzelfsprekend zouden de wetgever en de ACM bij het stellen van nadere regels de nadelen van verhoogde markttoetredingsbarrières (zoals mogelijk verminderde toetreding van nieuwe marktspelers) moeten afwegen tegen de voordelen van strengere regels inzake het toezicht op de energieleveranciers, die beogen een betere bescherming te bieden tegen bedrijven met onverantwoorde bedrijfsrisico's en onvoldoende risicobeheersingssystemen. Overweeg daarbij bijvoorbeeld een gedifferentieerde aanpak afhankelijk van de omvang van de onderneming en de impact op de markt. Neem daarnaast in ogenschouw dat risicovol gedrag ook een effect heeft op eerlijke concurrentie en vertrouwen in de markt.

4.2. Doorlopend Toezicht

4.2.1. Bevindingen

Het toezicht van de ACM richt zich na de vergunningverlening met name op consumentenbescherming in enge zin. Dat wil zeggen op het voorkomen van oneerlijke handelspraktijken, consumentenbescherming en onredelijke prijzen en voorwaarden. Daarnaast is het toezicht gericht op het monitoren of er signalen zijn dat een SLR-procedure moet worden ingesteld, wanneer een energieleverancier in de financiële problemen dreigt te raken. Na de vergunningverlening ontvangt de ACM periodiek een rapportage over de tijdigheid van facturering. Daarnaast kunnen incidenten zoals klachten van consumenten over oneerlijke handelspraktijken aanleiding zijn voor nader onderzoek of toezichtmaatregelen. Het toezicht per energieleverancier wordt binnen de ACM gecoördineerd om te zorgen dat signalen adequaat worden opgevolgd. In het toezicht is opgenomen dat accounttoezichthouders periodiek een gesprek voeren met de vergunninghouder. In het eerste jaar na vergunningverlening moet dit gesprek ten minste een keer plaatsvinden. De toezichthouder maakt daarbij gebruik van de informatie die binnen de ACM beschikbaar is waaronder de informatie over de financiële positie. Wij hebben niet gezien dat op basis van de inherente risico's van de vergunninghouder (bijvoorbeeld risico's die samenhangen met het verdienmodel of de deskundigheid van de ondernemers) een risicogebaseerd werkprogramma wordt opgesteld. De ACM heeft extern beperkt informatie gepubliceerd over hoe zij haar toezicht inricht na vergunningverlening. Deze informatie is met name gericht op de naleving van regels inzake informatievoorziening richting consumenten en consumentenbeschermingsregels. Het extern publiceren van toezichtstrategie en -aandachtspunten en/of het handhavingsbeleid kan bijdragen aan naleving door marktpartijen.

Het toezicht van de ACM is niet gericht op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming en de impact van mogelijke problemen in de continuïteit van de bedrijfsvoering op de belangen van consumenten. De overtuiging bij de geïnterviewde toezichthouders en betrokkenen bij de vergunningverlening aan de zijde van de ACM is dat het toezicht zich 'slechts' mag richten op de leveringszekerheid, consumentenbescherming en het voorkomen van oneerlijke handelspraktijken en dat het toezien op de financiële continuïteit van de energieleveranciers niet tot de taken van de ACM behoort.

Na de vergunningverlening stelt de ACM geen specifieke inhoudelijke eisen aan de liquiditeit, de solvabiliteit, het eigen vermogen en de risicobeheersingssystemen van de vergunninghouder onderneming. De ACM heeft wel in reactie op de toegenomen volatiliteit op de energiemarkten het initiatief genomen om de financiële positie van onder toezicht staande ondernemingen jaarlijks te monitoren. Dit gebeurt door middel van de uitvraag financiële positie bij alle vergunninghouders. Daarbij wordt in ieder geval elk jaar in het najaar uitgevraagd of de onderneming voldoende liquide is om gezien de beoogde inkoopstrategie, de veranderende marktsituatie en de met klanten afgesloten contracten aan de verplichtingen inzake de betrouwbare levering van energie te voldoen.

De jaarlijkse monitoring van de liquiditeit van energieleveranciers door het team financiële positie (FiPo) bij het doorlopend toezicht is een duidelijke verbetering, omdat deze monitoring beter zicht geeft op de bedrijfsvoering en de actuele vooruitzichten. De effectiviteit daarvan is echter beperkt omdat bij zorgen over continuïteit of liquiditeit de ACM van mening is dat zij geen formele instrumenten heeft om herstel af te dwingen. De ACM gaat wel het gesprek aan over bijvoorbeeld kwetsbaarheden of onjuistheden in de prognose, maar zij is van mening dat zij niet kan afdwingen dat deze tijdig worden hersteld. Dit heeft als gevolg dat de ACM weliswaar eerder op de hoogte is van een naderend financieel probleem of faillissement maar dit niet kan voorkomen. Een helder handhavingsbeleid en een escalatieladder op basis waarvan dreigende problemen volgens een vast stramien in de organisatie worden geëscaleerd en besproken ontbreekt. De ACM treedt niet

handhavend op indien onvoldoende sprake is van de naleving van de "financiële kwaliteiten", maar zich beperkt tot het aangaan van gesprekken met de vergunninghouders waarover zorgen bestaan.

Het valt ons op dat geïnterviewden aangeven het monitoren van de financiële positie van belang te vinden maar tegelijkertijd van mening zijn dat zij niet kunnen optreden als de financiële positie in gevaar komt. De ACM heeft het ontbreken van wettelijke bevoegdheden in informele contacten met het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat onder de aandacht gebracht, maar zij heeft deze bevindingen niet openbaar en op formele wijze gemaakt hetgeen de democratische controle van het functioneren van het toezicht op de energieleveranciers bemoeilijkt.

We kunnen vaststellen dat de praktijk van het toezicht op energieleveranciers door de ACM door bovengaande werkwijze afwijkt van bijvoorbeeld de praktijk van het financieel toezicht van De Nederlandsche Bank. In het financieel toezicht wordt bij vergunningverlening kritisch gekeken naar de houdbaarheid van het bedrijfsmodel en worden eisen gesteld aan de financiële gezondheid van de onderneming en de kwaliteit van het risicomanagement. Deze eisen maar ook de houdbaarheid van het bedrijfsmodel worden vervolgens door de toezichthouder voortdurend gemonitord. Daarnaast geldt dat na vergunningverlening op basis van een risico-analyse de werkzaamheden in het toezicht worden bepaald.

4.2.2. Aanbevelingen:

Op basis van de bevindingen over het doorlopende toezicht valt het de onderzoekers op dat het doorlopend toezicht sterk gericht is op consumentenbescherming in enge zin doordat met name wordt opgetreden tegen schendingen van de consumentenbeschermingsbepalingen en bepalingen ter voorkoming van oneerlijke handelspraktijken. Daarnaast is het doorlopend toezicht gericht op het monitoren van de liquiditeit met als doel om tijdig te signaleren of de SLR-procedure moet worden gestart.

De onderzoekers zijn van mening dat de ACM op grond van de Europese wet- en regelgeving en maatschappelijke verwachtingen het belang dat het toezicht beoogt te beschermen breder zou moeten invullen dan alleen het waarborgen van de leveringszekerheid en consumentenbescherming in enge zin. Dat betekent dat de ACM ook toezicht zou moeten houden op de financiële continuïteit en de betrouwbaarheid van het bedrijfsmodel van de energieleverancier.

In zijn algemeenheid achten de onderzoekers het van belang dat toezichthouders zich regelmatig beraden op het maatschappelijk belang dat zij geacht worden te beschermen. Het maatschappelijk belang is geen statisch begrip maar kan mede op basis van maatschappelijke verwachtingen veranderen. De ACM moet meerdere publieke belangen nastreven bij de uitoefening van haar bevoegdheden, waaronder de belangen van betaalbaarheid, consumentenbescherming, duurzaamheid, leveringszekerheid, betrouwbaarheid en een vrije marktwerking.

In een bepaalde periode kan de maatschappelijke en politieke overtuiging zijn dat de nadruk wordt gelegd op de vrije mededinging en de bevordering van de concurrentie op de markt. De visie op het maatschappelijk belang, en de weging van de verschillende publieke belangen, dat het toezicht beoogt te beschermen kan echter wijzigen door veranderingen in de maatschappelijke opvattingen of veranderende (markt-)omstandigheden. Het is belangrijk dat de toezichthouder een visie vormt op dit maatschappelijk belang en daarover ook in gesprek gaat met het verantwoordelijke beleidsdepartement. Hiermee wordt ook voorkomen dat de toezichttaak als gevolg van heersende overtuigingen binnen de organisatie niet meer aansluit bij de verwachtingen in de maatschappij over de rol van de toezichthouder.

De toezichthouder zou op basis van deze dialoog over het te beschermen maatschappelijk belang een toezichtvisie moeten publiceren. Hoe interpreteert hij het maatschappelijk belang en hoe wil hij gebruik maken van zijn wettelijke bevoegdheden? Daarbij is het van belang dat binnen de eigen organisatie helder is wat dit betekent voor de toezichtactiviteiten en hoe de escalatieladder eruit ziet wanneer vergunninghouders niet voldoen aan de wettelijke vereisten. Wie beslist in dat geval bijvoorbeeld over het intensiveren van het toezicht en de inzet van handhavingsinstrumenten?

Daarbij geldt dat ook een transparant handhavingsbeleid moet worden gepubliceerd waarin op hoofdlijnen wordt aangegeven welk handhavingsinstrument onder welke omstandigheden wordt ingezet.

Tot slot: indien de toezichthouder van mening is dat hij niet beschikt over de wettelijke mogelijkheden om zijn toezichttaak goed uit te voeren moet hij dat tijdig maar ook transparant en op formele wijze signaleren bij de wetgever. Een transparant signaal richting de wetgever inzake mogelijke tekortkomingen in het mandaat van de minister of de geldende wetgeving, bevordert de democratische controle op het functioneren van het toezicht op de energiemarkt.

4.3. Vergunningintrekking, faillissement en afwikkeling

4.3.1. Bevindingen

Bij een dreigend faillissement kan de ACM de zogeheten "Supplier of last Resort"-procedure in werking stellen. Hiermee wordt gezorgd voor een ordelijke overdracht van klanten naar een nieuwe leverancier en wordt voorkomen dat de leveringszekerheid voor klanten in gevaar komt. Na inwerkingtreding van de SLR-procedure geldt een vensterperiode van maximaal 20 werkdagen waarin consumenten niet kunnen overstappen. Doordat consumenten in de vensterperiode niet kunnen overstappen, blijft de klantportefeuille in tact en is het voor andere energieleveranciers aantrekkelijk deze portefeuille over nemen. Hiermee wordt ook gezorgd dat klanten collectief door een nieuwe leverancier kunnen worden overgenomen.

Uit de interviews kan worden afgeleid, dat een beeld heerst dat de SLR-procedure over het algemeen goed functioneert. De procedure verhindert echter niet dat klanten na de vensterperiode met een ongunstiger contract worden geconfronteerd bij overstappen naar een nieuwe leverancier. De vensterperiode kan er zelfs voor zorgen dat klanten in een slechtere uitgangspositie terecht komen dan wanneer zij meteen zouden overstappen, bijvoorbeeld wanneer gedurende de vensterperiode de energieprijzen stijgen. De keuze voor de vensterperiode heeft dus enkele nadelen en de vraag is of deze voldoende zijn om de voordelen (net name rust en een ordelijk proces) te compenseren.

Daarnaast zien wij dat op dit moment dat de curator partijen selecteert die in staat worden gesteld om de portefeuille of een deel daarvan over te nemen. De curator dient in het proces van de verkoop van de klantportefeuille het belang van de boedel, het is onbekend in hoeverre de belangen van de klanten bij deze overdracht worden meegewogen. Daarnaast is met deze procedure niet geborgd dat alle marktpartijen kunnen (mee-)bieden op de klantportefeuille.

Daarnaast geven geïnterviewden aan dat het een verbetering kan zijn dat er een eindafrekening wordt opgesteld door de failliete vergunninghouder, zodat de consument inzicht krijgt in de schuldpositie. Daarbij moet worden opgemerkt, dat dit klanten geen voorrang geeft om hun voorschot terug te krijgen gezien de uitgangspunten van het faillissementsrecht.

4.3.2. Aanbevelingen:

- De minister en de ACM zouden moeten onderzoeken hoe het nadeel voor consumenten als gevolg van de wachttijd in de SLR-procedure (ongunstiger contractvoorwaarden door de maand wachttijd) moet worden afgewogen tegen het belang van een 'freeze' die helpt om de overdracht van de portefeuille zo snel en efficiënt als mogelijk te maken.
- De Minister van Economische Zaken en de ACM zouden de huidige procedure waarbij de curator een keuze maakt uit energieleveranciers die de klantportfolio kunnen overnemen, en die plaats vindt binnen de kaders van de Faillissementswet, moeten evalueren. Indien dit proces bepaalde energieleveranciers bevoordeelt doordat zij wel en andere leveranciers niet in staat zijn gesteld om de klantportfolio over te nemen, zou door de wetgever overwogen kunnen worden eisen te stellen aan het biedingsproces.
- De wetgever zou de verplichting voor bedrijven om ook bij faillissement een eindafrekening op te maken moeten verduidelijken.

4.4. Informatievoorziening consument

Consumenten lijken zich niet altijd bewust te zijn van het feit dat een energieleverancier failliet kan gaan en dat zij dan geconfronteerd kunnen worden met verlies van voorschotten en hogere maandelijkse kosten bij overstappen. In de interviews is genoemd dat consumenten beter geïnformeerd zouden kunnen worden over de risico's van een faillissement en dat daardoor het bewustzijn van dit risico zou kunnen worden vergroot. Ervaringen in andere toezichtgebieden leren dat het waarschuwen of informeren van consumenten er niet automatisch toe leidt dat consumenten andere keuzes maken. Uit onderzoek van de AFM ⁴² over de effectiviteit van de kredietwaarschuwing blijkt bijvoorbeeld dat het ingewikkeld is om het besef van risico levend te houden bij de consument. Hoewel het altijd belangrijk is de consument goed te informeren verwachten wij niet dat dit substantieel zal bijdragen aan een hoger bewustzijn over faillissementen en ander keuzegedrag van consumenten. Wel zou de vergelijkbaarheid tussen energieleveranciers

4.5. Bescherming en vangnet kwetsbare consumenten

Wij hebben in de interviews de vraag opgeworpen of consumenten die gedupeerd zijn door het faillissement van de energieleverancier, een beroep zouden moeten kunnen doen op een garantiefonds voor de compensatie van de geleden schade. Door medewerkers van de ACM en EZK, werd aangegeven dat men geen voorstander is van een dergelijk fonds. Men zag vooral als mogelijk nadeel, dat de instelling van een dergelijk fonds risicovol gedrag van energieleveranciers en consumenten kan stimuleren, omdat bij een faillissement een vordering op het fonds zou kunnen worden ingediend. Als gevolg daarvan, zo is de gedachte, zouden consumenten bewust contracten met de laagste tarieven afsluiten waarbij zij het risico op een faillissement op de koop toenemen. Wij betwijfelen echter, of het bestaan van een dergelijk fonds daadwerkelijk meer risicovol gedrag van consumenten in de hand werkt. Klanten lijken zich zeer beperkt bewust van de mogelijkheid dat energieleveranciers failliet gaan. Empirisch onderzoek zou nader inzicht kunnen geven in de kans dat de aanwezigheid van een dergelijk fonds leidt tot risicovol gedrag bij consumenten. Risicovol gedrag van ondernemingen zou kunnen worden tegengegaan door een vorm van voorfinanciering van het fonds naar rato van de klantportefeuille. Dat neemt niet weg dat door een dergelijk fonds de kosten voor vergunninghouders en daarmee mogelijk de prijzen voor de consument (beperkt) stijgen. Enige vorm van financieel vangnet voor kwetsbare consumenten lijkt ons echter, gezien het feit dat energie een eerste levensbehoefte is én het grote aandeel van energie in het budget van kwetsbare consumenten, gerechtvaardigd. Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de dekking van het garantiefonds zich beperkt tot betaalde voorschotten en uitsluitend voorziet in compensatie van kwetsbare klanten onder een bepaalde inkomensgrens.

⁴² AFM, "'Let op! Geld lenen kost geld' geen onmiddellijk effect in verkoopomgeving", 2016 (['Let op! Geld lenen kost geld' geen onmiddellijk effect in verkoopomgeving | December | AFM](#))

4.5.1. Aanbeveling

De wetgever zou de voor- en nadelen voor een garantiefonds moeten onderzoeken waar (kwetsbare) consumenten bij een faillissement een beroep op kunnen doen voor de financiering van te veel betaalde overschotten en niet uitbetaalde overstapbonussen.

4.6. Onderliggende overtuigingen

Het valt de onderzoekers op dat bij een groot aantal van de geïnterviewden werkzaam bij de ACM die een rol spelen bij de vergunningverlening en het toezicht op energieleveranciers een sterke overtuiging heerst dat de toetreding van energieleveranciers zo min mogelijk belemmerd moet worden om de vrije markt en markttoetreding te bevorderen. De overtuiging is dat de achterliggende gedachte van de Europese richtlijnen en de wens van het verantwoordelijke beleidsdepartement is, dat wordt gestreefd naar een energiemarkt met sterke marktwerking en concurrentie. Volgens deze filosofie moeten onder toezicht gestelden zo min mogelijk belemmerd worden en moet de keuzevrijheid voor de consument bij de keuze voor een energieleveringscontract zo groot mogelijk zijn. Ook moeten de administratieve lasten laag zijn en als gevolg daarvan moet de prijs voor de consument zo laag mogelijk blijven.

Deze overtuigingen hebben ons inziens invloed gehad op de interpretatie van de (beleidsruimte in) wet- en regelgeving. De geïnterviewden zagen de zichtbare schadelijke effecten van de faillissementen voor consumenten maar waren ervan overtuigd dat daartegen geen remedie was omdat de bedoeling van de (Europese en Nederlandse) wetgeving volgens hen geen ruimte gaf om nadere eisen te stellen aan toetreding tot de energiemarkt. Hierdoor is ons inziens binnen de ACM onvoldoende het gesprek gevoerd over de (veranderende) omstandigheden en de vraag welk maatschappelijk belang met het toezicht van de ACM beschermd dient te worden en welke wettelijke bevoegdheden daarbij horen. Het gevolg daarvan is dat evenmin aan het verantwoordelijke departement is gesignaleerd dat de bevoegdheden om toezicht op dat maatschappelijk belang te houden onvoldoende helder waren.

4.6.1. Aanbeveling

De ACM zou intern moeten bespreken welke overtuigingen ten grondslag liggen aan de interpretatie van wet- en regelgeving en zou moeten toetsen of deze overtuigingen juist zijn en nog passen bij de veranderende marktomstandigheden en maatschappelijke verwachtingen. Het is belangrijk om vast te stellen tot welke toezichtvisie die omstandigheden en maatschappelijke verwachtingen leiden. Daarbij moet de vraag worden beantwoord welk belang het toezicht beoogt te beschermen? Door veranderende omstandigheden kan immers de weging van publieke belangen die je met toezicht beoogt te beschermen veranderen. Dit gesprek moet de ACM ook voeren met het verantwoordelijke departement.

5. Conclusie

Wij concluderen dat de ACM beter gebruik had kunnen maken van het bestaande wettelijke kader door een nadere en striktere invulling te geven aan de eis dat de vergunninghouder moet voldoen aan technische, organisatorische en financiële kwaliteiten. Dit betekent echter niet dat wij van mening zijn dat daardoor de faillissementen in de energiesector voorkomen hadden kunnen worden. Bij deze faillissementen hebben meerdere factoren een rol gespeeld waaronder risicovolle inkoopstrategieën en financiële kwetsbaarheid van een aantal vergunninghouders maar ook een onvoorziene stijging van de gasprijzen door geopolitieke en macro-economische omstandigheden. Op basis van ons onderzoek kan daarom niet worden geconcludeerd dat de faillissementen waren voorkomen indien de ACM anders had gehandeld. Wij hebben geen onderzoek gedaan naar de faillissementen als zodanig.

De nadere invulling van technische, organisatorische en financiële kwaliteiten had het mogelijk gemaakt om bij toetreding tot de markt te toetsen of duurzaam aan de naleving van die eisen kon worden voldaan. Bij de toetsing of de vergunningaanvragers aan de eis van financiële kwaliteiten voldoen, had de ACM de betrouwbaarheid van het bedrijfsmodel, de financiële positie, de adequaatheid van genomen risicobeheersingsmaatregelen, de aanwezigheid van herstelplannen en de deskundigheid van de vergunningaanvragers kunnen meewegen. Aangezien de bevoegdheid tot vergunningverlening een gemandateerde bevoegdheid betreft, zou de Minister de bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels moeten verduidelijken in het mandaatbesluit. Ook al geeft het huidige mandaatbesluit de ACM niet expliciet de bevoegdheid om beleidsregels op te stellen, de ACM zal door de toepassing en invulling van de open wettelijke normen desalniettemin namens de minister beleid maken, bijvoorbeeld door de opstelling van vergunningvoorwaarden of door uitleg te geven aan vergunningaanvragers over de wettelijke vereisten voor de toekenning van een vergunning.

Beleidsregels van de ACM zouden betrekking kunnen hebben op de eis om een herstelplan op te stellen met het verplicht treffen van maatregelen uit dat plan indien de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Een dergelijk herstelplan waarin de onderneming uiteen moet zetten hoe zij bij tegenvallende resultaten of veranderende (markt-) omstandigheden voldoet aan de eis van financiële kwaliteiten, past ons inziens bij de eis dat doorlopend aan de vergunningvoorwaarden moet worden voldaan. De verplichting tot het opstellen van een herstelplan zou ook, reeds op basis van het huidige wettelijke kader, expliciet in de vergunningvoorwaarden, kunnen worden opgenomen. Het was ook mogelijk voor de ACM om na vergunningverlening op het moment dat ondernemingen niet (meer) voldoen aan de wettelijke eis inzake “financiële” kwaliteiten ook daadwerkelijk te handhaven op basis van de bestaande wettelijke handhavingsbevoegdheden.

Het Europees recht biedt ruimte om de wettelijke eisen nader in te vullen. De wetgever zou de bevoegdheid van de ACM om deze eisen nader in te vullen in de wet moeten verduidelijken om discussies over de houdbaarheid van die eisen voor de rechter te voorkomen. Wanneer de ACM van mening was dat het wettelijk kader onvoldoende mogelijkheden bood voor het uitoefenen van haar toezichttaak had zij dit proactief en transparant formeel kunnen signaleren. De ACM heeft wel informele gesprekken gevoerd in het kader van de nieuwe Energiewet die tot een aanpassing hebben geleid van de toetsing van deskundigheid en integriteit. Een transparant signaal richting de wetgever inzake mogelijke tekortkomingen in het mandaat van de minister of de geldende wetgeving, bevordert de democratische controle op het functioneren van het toezicht op de energiemarkt.

Daarnaast zouden de ACM en het beleidsverantwoordelijke departement geregeld moeten toetsen of het wettelijk kader nog voldoende aansluit bij veranderde maatschappelijke opvattingen over het door het toezicht te beschermen maatschappelijk belang.

6. Aanbevelingen

1. De wetgever zou in de Energiewet kunnen verduidelijken dat de ACM de bevoegdheid heeft om de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten nader in te vullen bij de vergunningverleningsbevoegdheid. De wetgever zou daarbij zelf nadere invulling kunnen geven aan de normen inzake financiële, organisatorische en technische kwaliteiten, in de wet of hij zou de minister bevoegd kunnen maken ministeriële regels op te stellen. Ter verduidelijking van de bevoegdheden van de ACM, zou de wetgever de ACM daarnaast expliciet de bevoegdheid moeten geven om nadere (beleids-)regels te stellen. Daarbij moet de ACM voldoende ruimte hebben om bevoegdheden te interpreteren en aan te passen aan veranderende omstandigheden.
2. De ACM zou nadere beleidsregels moeten opstellen ten aanzien van de deskundigheid, financiële continuïteit en integriteit als invulling van organisatorische en financiële kwaliteiten. Neem daarin op dat energiebedrijven de (financiële) continuïteit moeten waarborgen, moeten beschikken over adequaat risicomanagement in relatie tot onder meer hun inkoopstrategie en mogelijke marktrisico's en moeten beschikken over de nodige deskundigheid en integriteit. Neem ook de verplichting op om bij vergunningverlening een herstelplan te overleggen waarin de onderneming inzichtelijk maakt hoe zij in geval van financiële kwetsbaarheden de dienstverlening aan klanten kan waarborgen. Beoordeel bij vergunningverlening ook de houdbaarheid van het bedrijfsplan.
3. De wetgever en de ACM zouden bij het stellen van nadere (beleids-)regels de nadelen van verhoogde markttoetredingsbarrières (zoals mogelijk verminderde toetreding van nieuwe marktspelers) moeten afwegen tegen de voordelen van strengere regels inzake het toezicht op de energieleveranciers, die beogen een betere bescherming te bieden tegen bedrijven met onverantwoorde bedrijfsrisico's en onvoldoende risicobeheersingssystemen. Overweeg daarbij bijvoorbeeld een gedifferentieerde aanpak die is gebaseerd op objectieve criteria en die proportioneel is gelet op de omvang van de onderneming en de impact op de markt. Neem daarnaast in ogenschouw dat risicovol gedrag ook een effect heeft op eerlijke concurrentie en vertrouwen in de markt.
4. De ACM zou intern moeten bespreken welke overtuigingen ten grondslag liggen aan de interpretatie van wet- en regelgeving en zou moeten toetsen of deze overtuigingen juist zijn en nog passen bij de veranderende marktomstandigheden en maatschappelijke verwachtingen. Het is belangrijk om vast te stellen tot welke toezichtvisie die omstandigheden en maatschappelijke verwachtingen leiden. Daarbij moet de vraag worden beantwoord welk belang het toezicht beoogt te beschermen? Door veranderende omstandigheden kan immers de weging van publieke belangen die je met toezicht beoogt te beschermen veranderen. Dit gesprek moet de ACM ook voeren met het verantwoordelijke departement.
5. De ACM zou als toezichthouder op transparante en formele wijze bij de wetgever het ontbreken van mogelijkheden om toezicht te houden op risico's in de markt of onduidelijkheid over die bevoegdheden in de wet of het mandaat, moeten signaleren. Dat kan bijvoorbeeld met het jaarlijkse signaal dat de ACM nu al afgeeft aan de wetgever. Een transparant signaal richting de wetgever inzake mogelijke tekortkomingen in het mandaat van de minister of de geldende wetgeving, bevordert de democratische controle op het functioneren van het toezicht op de energiemarkt.
6. De wetgever zou de voor- en nadelen voor een garantiefonds moeten onderzoeken waar (kwetsbare) consumenten bij een faillissement een beroep op kunnen doen voor de financiering van te veel betaalde overschotten en niet uitbetaalde overstapbonussen.
7. De wetgever zou de verplichting voor bedrijven om ook bij faillissement een eindafrekening op te maken moeten verduidelijken.
8. De minister en de ACM zouden moeten onderzoeken hoe het nadeel voor consumenten als gevolg van de wachttijd in de SLR procedure (ongunstiger contractvoorwaarden door de maand wachttijd) moet worden afgewogen tegen het belang van een 'freeze' die helpt om de overdracht van de portefeuille zo snel en efficiënt als mogelijk te maken.
9. De ACM en de Minister van Economische Zaken moeten de huidige SLR procedure binnen de kaders van de Faillissementswet, waarbij de curator een keuze maakt uit energieleveranciers die de klantportfolio kunnen overnemen, samen evalueren. Indien dit proces bepaalde energieleveranciers bevoordeelt doordat zij wel en andere leveranciers niet in staat zijn gesteld om de klantportfolio over te nemen, zou de wetgever kunnen overwegen om specifieke eisen te stellen aan het biedingsproces.

7. Bijlage

Overzicht geïnterviewden:

- Verantwoordelijke bestuurder (s)
- Verantwoordelijke directeur voor toezicht
- Verantwoordelijke toezichtsteam voor toezicht op Energieflex
- Medewerker vergunningverlening
- Medewerker juridische zaken
- Directeur ministerie EZK
- Twee gesprekken met buitenlandse toezichthouders
- Een gesprek met een expert uit het veld