New Babylon
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Nederlandse Mededingingsautoriteit
t.a.v. Drs. R. Fennes
Clustermanager Regulering Expertisecentrum
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

onze ref. BJD/-/10036204
uw ref. 103767/207.B991
inzake Evaluatie E-wet en G-wet (Codes)

B.J. Drijber
advocaat
t (070) 515 37 69
f (070) 515 30 41
bj.drijber@pelsrijcken.nl

20 januari 2012

Geachte heer Fennes,

1 Inleiding

1.1 U heeft in uw brief van 17 november 2011 gevraagd om advies ten aanzien van de vraag in hoeverre en op welke wijze het codeproces effectiever en efficiënter zou kunnen worden ingericht om te komen tot:

- een (praktisch) toepasbaar en overzichtelijk / rechtszeker stelsel;
- van goede juridische, economische en technische kwaliteit;
- waarmee tariefstructuren en voorwaarden tijdig tot stand komen;
- waarbij wordt voldaan aan de criteria uit Europese een nationale wetgeving;
- en alle betrokken belangen zo goed mogelijk kunnen worden meegewogen.

1.2 U heeft gevraagd om een beschouwing van de mogelijkheden voor aanpassing van of alternatieven voor het huidige codeproces om de gesignaleerde knelpunten te verhelpen. Het advies dient bij voorkeur een beschouwing te bevatten van de gewenste eindsituatie met betrekking tot de codes, zowel qua proces als qua status van de inhoud. Daarbij dient zoveel mogelijk rekening gehouden te worden met de

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 8/2010. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495

specifieke kenmerken van de diverse soorten codes (tarievencode, technische codes, informatiecode). Ook dient te worden uitgegaan van de toepasselijke EU-kaders.

1.3 Wij baseren ons op uitgangspunten en analyses zoals die blijken uit:

- de Regeling evaluatie Gaswet en Elektriciteitswet 1998 van 22 maart 2011
- het interne document getiteld Samenvatting Zienswijzen
- het Plan van Aanpak Speerpunt Codes van 14 juni 2011
- het memo Inrichting procedure UOV bij codevoorstellen van 19 augustus 2011
- het Deelmemo 'Codes' (versie 3 januari 2012)

2 Knelpunten

2.1 Algemeen wordt erkend dat de totstandkoming van de codes een langdurig en complex proces is. Daarvoor bestaat een aantal verklaringen, waarop in de hiervoor genoemde stukken wordt gewezen. Mede op basis van eigen waarneming onderscheiden wij drie - met elkaar samenhangende of elkaar versterkende - redenen.

Rolverdeling GNB / NMa

2.2 De GNB hebben een initiërende rol. De rechtvaardiging daarvoor is dat de netbeheerders geacht worden de meeste technische kennis te hebben met betrekking tot de onderwerpen die de relatie tussen hen zelf en netgebruikers regelen. Zonder codevoorstel van de GNB kan de NMa in beginsel geen code vaststellen. Dit "recht van initiatief" kan tot bepaalde spanningen leiden.

2.3 Een eerste spanningsveld betreft de rolverdeling tussen de GNB en de NMa. Daarbij doen de netbeheerders zich regelmatig voorstaan op hun superieure kennis van de techniek en de praktijk. Niet zelden doen zij beroep op vitale belangen, zoals systeemintegriteit. Achter een dergelijk betoog kunnen echter ook andere belangen schuil gaan, bijvoorbeeld eigen financiële belangen. Voorts is het voorgekomen dat het de netbeheerders niet goed uitkwam een voorstel in te dienen, ook als de NMa daar om had gevraagd. Zodoende kan er een spanning ontstaan tussen de rol van de GNB als opsteller en die van de NMa als vaststeller van de codes.

2.4 Een tweede spanningsveld is het directe gevolg van de belangentegenstelling tussen netbeheerders en netgebruikers en de impact die dat heeft op de materiële beoordeling door de NMa moet maken. De NMa heeft de wettelijke verplichting ervoor te zorgen dat de codes niet in strijd zijn met de in de wet genoemde belangen, regels en eisen. In de praktijk ontstaat veelal een spanning in de relatie tussen de NMa en de GNB als de NMa in de door organisaties van netgebruikers gewenste zin wil afwijken van het codevoorstel van de GNB. Hiermee hangt samen dat in de voorfase de

standpunten van de afnemers en gebruikers niet altijd even duidelijk naar voren worden gebracht, zodat de netbeheerders daar vrij gemakkelijk omheen kunnen.

Complexiteit vorm en inhoud

2.5 Met name bij gas bestaan de Technische Codes uit een relatief groot aantal afzonderlijke codes. Deze codes worden regelmatig herzien. Zodoende is het moeilijk een goed overzicht te krijgen. Het komt voor dat als voor een codeonderdeel een nadere wijziging wordt ingediend, daartegen nog bezwaar of beroep loopt.

2.6 Bovendien regelen de codes (zeer) technische onderwerpen en zijn zij zeer gedetailleerd. De publiekrechtelijke verankering is echter bedoeld om te voorkomen dat netbeheerders ter zake van deze onderwerpen eenzijdig hun voorwaarden kunnen vaststellen, opleggen en wijzigen. Van de zijde van de netgebruikers wordt vaak aangedrongen op een uitputtende regeling van de betrokken onderwerpen in een code.

Lange doorlooptijden

2.7 De lange duur van het codeproces is een breed erkend probleem. Daar zijn enkele verklaringen voor. Een eerste verklaring volgt uit de hiervoor gesignaleerde knelpunten: de belangentegenstelling tussen netbeheerders en netgebruikers en de complexiteit van de codes. De sterke positie die de GNB hebben, zowel vanwege hun initiatiefrecht als vanwege hun technische kennis, kan ertoe leiden dat zij niet makkelijk van standpunt veranderen en er een herhaling van zetten ontstaat. Dat begint al in de voorfase.

2.8 Een tweede reden heeft betrekking op de bestuurlijke fase van de primaire besluitvorming en de bezwaarprocedure. Vaak worden belangen van netgebruikers pas in de bezwaarfase goed naar voren gebracht. Gevolg is dat de bezwaarfase bewerkelijk kan uitpakken en relatief vaak het primaire besluit op onderdelen wordt herroepen.

2.9 Tot slot is gebleken dat beroepen tegen codebesluiten vanwege de werklast van het CBb met grote vertraging worden behandeld. Het CBb geeft, zoals op zichzelf begrijpelijk is, voorrang aan beroepen tegen methodebesluiten. Gevolg is dat geruime tijd onzekerheid kan blijven bestaan over de rechtsgeldigheid van onderdelen van een codebesluit. Het is tevens voorgekomen dat een besluit dat bij de rechter voorligt op onderdelen al is achterhaald door nieuwe wetgeving of technologische ontwikkelingen op het moment dat het daartegen gerichte beroep op zitting komt.

Conclusie

2.10 De gesignaleerde knelpunten zijn overwegend praktisch van aard. Er bestaat ons inziens geen principiële juridische noodzaak om het codeproces aan te passen. De

hierna gesuggereerde wijzigingen zijn dan ook primair bedoeld de werking van het codeproces in de praktijk te verbeteren en de lasten terug te dringen.

3 Europese kaders

3.1 Alvorens voorstellen voor verbetering van het codeproces te doen, onderzoeken wij of de Europese regelgeving zoals neergelegd in het Derde Pakket randvoorwaarden stelt aan enerzijds de inhoud van de (nationale) codes ten opzichte van de Europese netcodes en anderzijds de bevoegdheidsverdeling tussen de NMa, de Minister van EL&I en de GNB.

Vergelijking tussen Europese netcodes en nationale codes

3.2 Het Derde Pakket voorziet in een rechtsgrondslag voor het vaststellen van Europese netcodes. Deze worden opgesteld door ENTSO-E/G. Ook op Europees niveau ligt het primaat dus bij de netbeheerders, in dat geval alleen de TSO's. De ENTSO-E/G dient bij de voorbereiding van de netcodes een uitgebreide consultatie te houden onder alle stakeholders.[1] Zij is verplicht aan te geven hoe met de tijdens de consultatie ontvangen opmerkingen rekening is gehouden. Waar geen rekening is gehouden met een opmerking, wordt dit gemotiveerd - volgens het beginsel *comply or explain*.[2]

3.3 Een Europese netcode wordt pas verbindend na goedkeuring door de Commissie. De rol van de NMa op nationaal niveau is vergelijkbaar met die van de Commissie op Europees niveau. Een verschil is dat de GNB eigener beweging een code kan opstellen, terwijl ENTSO dat pas na een verzoek van de Commissie kan. Een tweede verschil is dat de NMa van het codevoorstel kan afwijken als de GNB geen of onvoldoende gevolg geven aan een wijzigingsopdracht. De Commissie heeft een instemmingsrecht en kan daarom een door ENTSO opgestelde netcode slechts integraal goedkeuren of weigeren dat te doen; amendering is niet mogelijk. Een laatste verschil tussen de Europese en de nationale codeprocedure is dat wijzigingsvoorstellen op een bestaande Europese netcode kunnen worden ingediend door een zeer brede kring van personen, namelijk "door personen die een belang hebben bij de Netcode, waaronder ENTSB-E, TSO's, systeemgebruikers en zelfs consumenten."[3]

3.4 De bevoegdheid om Europese netcodes vast te stellen is beperkt tot "grensoverschrijdende aangelegenheden en aangelegenheden betreffende marktintegratie".[4] In de praktijk zal van deze bevoegdheden een functionele en dus ruime uitleg worden gegeven. Wanneer een Europese netcode tot stand is gekomen en

[1] Art. 10, lid 1 van Verordening 2009/714.
[2] Art. 10, lid 3 van Verordening 2009/714.
[3] Art. 7, lid 1 van Verordening 2009/714.
[4] Art. 8, lid 7 van Verordening 2009/714.

door de Commissie is goedgekeurd, zal een nationale code niet kunnen worden gehandhaafd voor zover deze afwijkt van de Europese netcode. Naar mate aan meer Europese netcodes wordt gewerkt, blijft er minder over voor nationale codes van de NRI's. Onderwerpen die direct gevolgen zullen hebben voor de nationale codes zijn, bijvoorbeeld, de veiligheid en betrouwbaarheid van het netwerk, de aansluiting, capaciteitstoewijzing en congestiebeheer, en geharmoniseerde tariefstructuren. Deze onderwerpen behoren tot de (nieuwe) prioriteitsgebieden van de Commissie.[5]

3.5 De onderwerpen die in een Europese netcode kunnen worden geregeld, blijven tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren zo lang de EU haar bevoegdheden ter zake niet uitoefent. De Europese netcodes doen voorts geen afbreuk aan de mogelijkheid van de lidstaten om nationale netcodes vast te stellen, die niet van invloed zijn op de grensoverschrijdende handel.[6] Dit werd recentelijk erkend in het Werkprogramma 2012 van ENTSO-E.[7] Codebepalingen die alleen gelden voor de regionale netbeheerders (DSO's) zullen tot de bevoegdheid van de lidstaten c.q. nationale regulerende instantie (blijven) behoren. Dat laat onverlet dat een Europese code van toepassing kan zijn op aangeslotenen aan netten van DSO's, afhankelijk van de kV- of MW-grens waarboven een dergelijke EU netcode van toepassing zal zijn.

3.6 Ook als DSO's niet direct door Europese netcodes worden geraakt, zal daarvan naar onze inschatting toch een uitstralend of harmoniserend effect uitgaan. Als bijvoorbeeld congestiemanagement op Europees niveau voor TSO's is geregeld, ligt het voor de hand die regeling ook voor congestiemanagement op niveau van DSO's tot uitgangspunt te nemen, nog daargelaten dat bij dit onderwerp de LNB en de RNB's veelal moeten samenwerken. Zo zal naar onze verwachting in vrij hoog tempo een aanzienlijk deel van het terrein door Europese netcodes worden beheerst of geïnspireerd. Het zal van de inhoud van de Europese netcode afhangen of lidstaten (dan wel de NRI's) daarbij nog nadere regels kunnen (of wellicht moeten) stellen, om de goede werking van de Europese netcode te verzekeren.

Institutionele verhouding tussen de NMa en de Minister

3.7 De bepalingen in het Derde Pakket waarmee wordt beoogd de onafhankelijkheid van de NRI's beter te waarborgen,[8] zijn primair relevant voor de tariefregulering. De NRI's zijn op grond van de richtlijnen echter tevens uitdrukkelijk bevoegd gemaakt voor de vaststelling of goedkeuring van (ten minste) de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en toegang tot nationale

[5] Public Consultation paper concerning the establishment of the priority list for the development of network codes for 2012 and beyond, § 2.
[6] Art. 8, lid 7 van Verordening 714/2009.
[7] Hoofdstuk 2, onder d): "It is important to recognize that the network codes prepared by ENTSO-E are not intended to replace the national codes and regulatory frameworks that relate to non-cross-border issues."
[8] Art. 35, leden 4 en 5 van Richtlijn 2009/72 en art. 39, leden 4 en 5 van Richtlijn 2009/73.

netten, de verstrekking van balanceringsdiensten en de toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur.[9]

3.8 Hieruit kan ons inziens niet worden afgeleid dat, wat de genoemde onderwerpen betreft, geen ruimte meer zou bestaan voor de Ministeriële regeling tariefstructuren en voorwaarden gas of een soortgelijke regeling. Deze regeling geeft een uitwerking van de in de artikelen 12a en 12b van de Gaswet gebruikte begrippen. Voor verschillende onderwerpen wordt vastgesteld wat in elk geval in de codes moet worden opgenomen. De Derde Gasrichtlijn staat ons inziens daar niet aan in de weg.

4 Doelstellingen

4.1 Gelet op (i) de onder 2 genoemde knelpunten, (ii) de Regeling evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet van de Minister van EL & I en (iii) de uitkomsten van de consultatie van stakeholders formuleren wij in deze paragraaf enkele uitgangspunten voor mogelijke aanpassingen van het thans geldende codeproces.

4.2 Doelstelling 1: een heldere taak- en bevoegdheidsverdeling tussen NMa, GNB en GEN waarbij de NMa meer mogelijkheden heeft het proces te sturen dan thans het geval is.

4.3 Doelstelling 2: een afgewogen besluitvormingsprocedure waarin rekening kan worden gehouden met alle belangen in de sector.

4.4 Doelstelling 3: een verkorting van de doorlooptijden en een afname van de administratieve belasting voor zowel de NMa als de sector.

4.5 Doelstelling 4: het waarborgen dat strakkere procedures niet ten koste gaan van voldoende rechtsbescherming.

4.6 In hoofdstuk 5, 6 en 7 schetsen wij wegen en manieren om het codeproces zo aan te passen dat deze doelstellingen zo goed mogelijk kunnen worden bereikt. In hoofdstuk 8 gaan wij in op mogelijkheden het codeproces te versimpelen. Vervolgens onderzoeken wij twee meer radicale opties, namelijk enerzijds de mogelijkheid de codes (grotendeels) te vervangen door de algemene voorwaarden van de netbeheerders en anderzijds de mogelijkheid dat de inhoud van de codes door de regering of door de Minister van EL & I worden vastgesteld (hoofdstuk 9). Wij sluiten af met een samenvatting van onze aanbevelingen (hoofdstuk 10).

[9] Art. 37, lid 6 van Richtlijn 2009/72en art. 41, lid 6 van Richtlijn 2009/73.

5 Verbetering van het codeproces: de voorfase (van initiatief tot voorstel)

Het initiatiefrecht

5.1 Het initiatief voor het opstellen van codes kan bij de GNB blijven. Daar zit de meeste technische expertise. Er zijn - ook nu al - twee varianten:

- De GNB stellen uit zichzelf een codevoorstel op en dienen dat bij de NMa in[10]
- De NMa kan de GNB verzoeken een codevoorstel op te stellen

In het tweede geval zou de NMa reeds een richting kunnen meegeven aan de GNB, onder opgave van redenen.

5.2 De GNB zouden echter niet het *exclusieve* initiatiefrecht moeten hebben. Anders zouden zij, door hun initiatiefrecht niet uit te oefenen, kunnen bewerkstelligen dat niets kan worden geregeld. Ook onder de huidige wetgeving is voorzien dat de NMa onder voorwaarden het initiatief kan overnemen. Dat blijkt in de praktijk vaak een stroef proces. Daarom zou de NMa volgens ons een eigen initiatiefrecht moeten hebben, naast de GNB en *ab initio*, zowel voor codewijzigingen als voor nieuwe codeonderwerpen.

> Voor codewijzigingen is een dergelijke procedure nu al voorzien in art. 12c lid 2 Gaswet. Die procedure lijkt op de uniforme voorbereidingsprocedure in de zin dat de NMa een voorstel opstelt en dat ter consultatie voorlegt. Een verschil is echter dat in de huidige situatie tegen het besluit, dat wordt vastgesteld op grond van art. 12g van de Gaswet,[11] nog bezwaar open staat. Die mogelijkheid vervalt als er voor wordt gekozen de UOV toe te passen.

5.3 Het verdient daarom aanbeveling in de wet te verduidelijken dat de NMa – naast de GNB - een (volwaardig) initiatiefrecht heeft. Voor de NMa hoeft dat geen taakverzwaring te betekenen. Wij schatten in dat de NMa van dat recht alleen gebruik zal maken als zij meent over voldoende technische kennis te (kunnen) beschikken. Echter, van de enkele omstandigheid dat dit initiatiefrecht bestaat kan al een bepaalde werking uitgaan op de GNB. Bovendien kan het efficiënt zijn zelf een voorstel op te stellen als blijkt dat de GNB en de NMa van mening verschillen over de noodzaak een onderwerp in de codes te regelen.

5.4 In het geval dat de NMa de GNB heeft verzocht een voorstel in te dienen, kan zij dat niet doorkruisen door zelf haar initiatiefrecht uit te oefenen. Zij zou wel, zoals nu ook al is voorzien, het initiatief moeten kunnen *overnemen* en geheel of gedeeltelijk een eigen voorstel kunnen opstellen, in de twee volgende situaties:

---

[10] De NMa moet daarop beslissen, ongeacht of het hier een aanvraag in bestuursrechtelijke zin betreft.
[11] Deze procedure is, althans bij gas, tot dusverre niet of nauwelijks toegepast.

- als de GNB binnen een termijn van [4] weken verklaart aan een verzoek van de NMa geen gevolg te willen geven; en
- als de GNB niet in staat blijkt om binnen de gestelde termijn (die redelijk moet zijn en bijv. 3 of 6 maanden kan bedragen) een voorstel te produceren.

5.5 Indien de GNB wel (tijdig) een voorstel indienen dat volgens de NMa niet in alle opzichten *materieel* voldoet aan de wettelijke voorwaarden, ligt het voor de hand dat – zoals ook thans het geval is – de GNB de gelegenheid krijgen dat manco te herstellen en de NMa daartoe een wijzigingsopdracht verstrekt. De NMa zou dan dus niet terstond het initiatief kunnen overnemen; dat zou pas kunnen als de GNB geen gevolg geven aan de wijzigingsopdracht. De door de NMa dan zelfstandig door te voeren wijzigingen dienen vervolgens te passen in de wijzigingsopdracht, zoals ook nu reeds wordt vereist.

5.6 Ons inziens is af te raden om de representatieve organisaties van netgebruikers een eigen initiatiefrecht toe te kennen. Voor een belangrijk deel beslaan de codes onderwerpen waarbij technische uitvoeringsaspecten een rol kunnen spelen.[12] De aanbieders van netbeheerdiensten zijn beter geplaatst om daarover een technisch correcte en haalbare regeling op te stellen dan de afnemers van die diensten. Bovendien dreigt een initiatiefrecht voor drie partijen (GNB, NMa én representatieve organisaties van afnemers) het codeproces verder te compliceren. Een initiatiefrecht voor representatieve organisaties lijkt ook niet noodzakelijk, omdat zij de mogelijkheid hebben de wenselijkheid van een codevoorstel bij de NMa aan te kaarten en daarbij zelf tekstvoorstellen kunnen aanreiken.

Het consultatietraject

5.7 Uit de toegezonden stukken spreekt een bepaalde bezorgdheid dat sommige representatieve organisaties in het GEN niet vertegenwoordigd zijn of anderszins onvoldoende voor hun belangen zouden opkomen.[13] De GNB zouden een sterk overwicht hebben, en daarom in de regel weinig doen met de inbreng van de representatieve organisaties in het GEN. Het proces zou doelmatiger kunnen worden als het GEN een onafhankelijke voorzitter zou krijgen en de NMa vanaf het begin aan zou zitten. Dergelijke veranderingen zouden niet alleen de balans maar ook de juridische kwaliteit van een voorstel van de GNB ten goede komen.

5.8 Dergelijke ideeën moeten goed worden afgewogen, want er kleven ook risico's aan.

---

[12] Voor zover veiligheidaspecten al niet beter kunnen worden geregeld in wetgeving in een AmvB of een MR.
[13] Nog daargelaten dat niet volledig duidelijk zou zijn wanneer sprake is van "een representatieve organisatie van netgebruikers in de gasmarkt" als bedoeld in art. 12d, eerste lid, Gaswet.

5.9 *In het geval dat de GNB het codevoorstel* hebben opgesteld is vermoedelijk onvermijdelijk dat zij een overwicht hebben. Dat is inherent aan het uitoefenen van een initiatiefrecht.[14]

5.10 Dat representatieve organisaties soms onvoldoende zijn vertegenwoordigd of onvoldoende inbreng zouden leveren is iets dat zich goeddeels aan onze waarneming onttrekt. Het is hun keuze te kiezen voor het leveren van een inbreng die hun passend voorkomt en daarvoor de juiste mensen en middelen in te zetten. De wettelijke eis dat de GNB aangeven welke gevolgtrekkingen zij hebben verbonden aan de zienswijzen van de organisaties,[15] zou kunnen worden uitgewerkt door het voorschrift dat de GNB in een zienswijzebijlage precies aangeven wat zij met de inbreng van de GEN hebben gedaan, net zoals ENTSO dat moet doen bij de consultatie over een Europese netcode.

5.11 De figuur van een onafhankelijke voorzitter roept vragen op. Wie benoemt die voorzitter en op grond van welke criteria? Is dat een zuivere vergadervoorzitter of krijgt hij eigen bevoegdheden, bijvoorbeeld om rechtstreeks aan de NMa te rapporteren? Een in de praktijk vaak controversieel, aspect is de bezoldiging van een dergelijke persoon. Wie stelt die vast en wie draaien voor de kosten op?

5.12 Ook is geopperd dat een vertegenwoordiger van de NMa bij het GEN aanwezig zou zijn. Wij menen dat dit zeker geen vaste regel moeten worden. Deelnemen aan het overleg van het GEN kan er toe leiden dat de NMa ongewild verantwoordelijkheid naar zich toetrekt en zich in de ogen van partijen op standpunten vastlegt, nog voordat sprake is van formele bevoegdheidsuitoefening.[16] Dat de aanwezigheid van een "waarnemer" van de NMa er toe zou bijdragen dat een betere balans tussen de in het geding zijnde belangen wordt bereikt, ligt evenmin erg voor de hand. Die aanwezigheid kan er ook toe leiden dat partijen zich minder vrij uitspreken. Door vragen te stellen kan de waarnemer wellicht de discussie wat sturen, maar de NMa moet anderzijds vrij zijn later punten op te werpen die niet door de waarnemer in het GEN al aan de orde zijn gesteld. Dat de aanwezigheid van een waarnemer kan bijdragen tot een betere juridische kwaliteit lijkt in beperkte mate het geval. De waarnemer zou dan op een gegeven moment de pen moeten pakken, wat niet past bij de rol van waarnemer. Wat in het concrete geval wijsheid is, hangt echter mede af van het onderwerp. Indien een pakket van samenhangende wijzigingen voorligt, zoals de invoering van het nieuwe balanceringsregime, dan kan het wel degelijk efficiënt zijn als de NMa de beraadslagingen zelf volgt, ook (en juist) bij informele beraadslagingen buiten het GEN om.

---

[14] Ter vergelijking: ook de Europese Commissie heeft bij het wetgevend proces in de EU aan de start een grote voorsprong op de twee instellingen die uiteindelijk de wetgeving vaststellen, het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie. Om haar exclusieve recht van initiatief uit te oefenen is de Commissie immers al door een heel denk-, afstem- en schrijfproces gegaan.
[15] Art. 12d, tweede lid Gaswet.
[16] Afgesproken kan worden dat het verantwoordelijke cluster binnen DREV een kopie ontvangt van de tussen de GNB en GEN uitgewisselde stukken.

5.13 *In het geval dat de NMa het voorstel opstelt*, zal een voorontwerp daarvan gelijktijdig kunnen worden voorgelegd aan de GNB en de representatieve organisaties. Daartoe kan een hoorzitting worden georganiseerd. Ook de NMa zal in een zienswijzebijlage bij haar voorstel moeten aangeven wat zij heeft gedaan met de in deze voorfase ontvangen inbreng.

Juridische kwaliteit

5.14 Een veel gehoorde klacht is dat de codevoorstellen aan kwaliteit te wensen over laten. Zij worden niet door (wetgevings-)juristen opgesteld. De juridisch matige kwaliteit zou bron zijn van geschillen en interpretatieproblemen. Onderzocht is of dit probleem bij de bron kan worden aangepakt, door de GNB ertoe te verplichten betere juridische kwaliteit te leveren. In dat verband is gesteld dat een codevoorstel een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, Awb vormt. Het praktisch belang van de kwalificatie als aanvraag zit in de mogelijkheid om, voordat het besluitvormingstraject start, invloed uit te oefenen op met name de volledigheid van de aanvraag.

5.15 Doel van een codevoorstel is dat de Raad een besluit neemt. Het codevoorstel is een verzoek daartoe. Dat het hier om een aanvraag gaat, achten wij daarom aannemelijk. Op grond van art. 4:5 Awb kan het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen, indien de verstrekte gegevens of bescheiden onvoldoende zijn voor een beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Op deze wijze, zoals in te vullen door beleidsregels, zouden regels kunnen worden gesteld waardoor de kwaliteit van het voorstel van de GNB zou verbeteren en de bestuurlijke fase bij de NMa pas zou ingaan zodra het voorstel aan de gestelde eisen voldoet.

5.16 Of dit allemaal veel soulaas biedt wagen wij op het eerste gezicht te betwijfelen. Onvoldoende juridische kwaliteit wordt niet noodzakelijkerwijs ondervangen door het vragen van meer gegevens of een betere onderbouwing van in het voorstel gemaakte keuzes. Een andere vraag is of het niet noodzakelijk is de GNB te verplichten om gemaakte keuzes (beter) te motiveren en daarbij toe te lichten waarom het voorstel verenigbaar is met de in de wet gestelde belangen, eisen en voorschriften. Dat laatste kan het beste wettelijk worden geregeld, bijvoorbeeld door een derde lid toe te voegen aan art. 12d van de Gaswet.

5.17 Wij merken op dat het begrip "juridische kwaliteit" een relatief begrip is. Ook een voorstel dat volledig voldoet aan de Aanwijzingen van de Regelgeving, kan nog steeds juridisch een slecht voorstel zijn, bijvoorbeeld omdat de gebruikte concepten en begrippen niet helder zijn gedefinieerd of niet consistent worden toegepast. Wij zien de rol voor het uitvoeren van een juridische verbeterslag overigens eerder liggen bij de

NMa dan bij de GNB. Dat dit vanuit het oogpunt van belasting voor de NMa bezwarend zou zijn, vinden wij moeilijk te rijmen met het voorstel dat de NMa bij het GEN aanschuift omdat dit de juridische kwaliteit van de voorstellen van de GNB zou bevorderen. Zie ook hierna 6.4.

5.18 Een "wetgevende" kwaliteitslag zou, indien nodig, op twee momenten kunnen worden uitgevoerd: (a) aan het slot van de voorfase, en wel informeel en in samenspraak met de GNB; of (b) aan het begin van de bestuurlijke fase, als onderdeel van de formele uitoefening van bevoegdheden door de NMa (zie hierna).

5.19 Concluderend raden wij niet aan de voorfase onderdeel van een bestuursrechtelijke procedure te maken.[17] Onze voorstellen voor aanpassingen van de wet behelzen het volgende:

- (beter) vastleggen dat de NMa een eigen initiatiefrecht heeft, naast en als het wordt uitgeoefende in plaats van het initiatiefrecht van de GNB;
- vastleggen dat de GNB gemaakte keuzes motiveren en toelichten waarom het voorstel strookt met de wettelijke belangen, eisen en voorschriften.

5.20 Daarnaast kan nu al binnen de bestaande kaders naar optimalisering van het proces worden gestreefd:

- afspraken maken over termijnen
- afspraken maken over deelname van de NMa aan het GEN
- meer gebruik maken van formulieren en van een zienswijzebijlage
- afspraken maken over een door de NMa uit te voeren kwaliteitsslag

6 Verbetering van het codeproces: bestuurlijke fase (van voorstel tot besluit)

6.1 Blijkens de interne notitie van 19 augustus 2011 is reeds diepgaand nagedacht over de mogelijkheden en voordelen om de UOV van toepassing te verklaren. Wij onderschrijven de in die notitie uitgevoerde analyse en de argumenten te kiezen voor de UOV. Wij stellen dus voor dat de NMa overeenkomstig art. 3:10 Awb bepaalt dat zij de UOV zal toepassen in plaats de reguliere bezwaarprocedure. Gevolg is dat het voorstel van hetzij de GNB hetzij de NMa zelf niet uitmondt in een primair besluit waartegen bezwaar open staat, maar in een ontwerp-besluit waarover belanghebbenden zienswijzen naar voren kunnen brengen en tegen het besluit zelf rechtstreeks beroep bij het CBb open staat.

[17] Daarom denken wij ook dat het niet juist is om – zoals in de toegezonden stukken is geopperd - in de bestuurlijke fase de "grondenfuik" te willen inroepen tegenover partijen die het in de voorfase hebben laten afweten.

6.2 Op die manier wordt een ronde overgeslagen: waar de NMa thans een codevoorstel ter inzage legt en belanghebbenden in de gelegenheid stelt daar zienswijzen op in te brengen waarna een primair besluit en vervolgens een bezwaarprocedure volgt, zal in de nieuwe opzet een ontwerp-besluit worden gepubliceerd en kan na een zienswijzeronde meteen het (eind-)besluit worden vastgesteld. Wij achten dit wenselijk omdat partijen worden gedwongen hun zienswijzen en kritiek in één ronde te uiten. Zo wordt voorkomen dat de NMa in een tweede ronde (thans de bezwaarfase) voor het eerst met kritiek wordt geconfronteerd, die ook al in de zienswijzen naar aanleiding van de publicatie van het codevoorstel had kunnen worden ingebracht, met als gevolg dat in de bezwaarfase relatief veel onderzoek moet worden gedaan.

6.3 *In het geval dat het codevoorstel afkomstig is van de GNB* is een belangrijke vraag welke procedure moet worden gevolgd als de NMa van het voorstel af wil wijken, bijvoorbeeld omdat het niet op een juiste belangenafweging berust. Naar ons oordeel zal de NMa dan eerst een wijzigingsopdracht moeten verlenen; de GNB dienen een herstelmogelijkheid te hebben. Als daaraan volgens de NMa niet het juiste gevolg wordt gegeven, kan de NMa zelfstandig een van het voorstel afwijkend ontwerp-besluit vaststellen. De afwijkingen dienen dan wel te worden gemotiveerd.

6.4 De omzetting van een voorstel van de GNB in een ontwerp-besluit kan ook een moment zijn om, indien nodig, de redactie vanuit juridisch oogpunt te verbeteren, voor zover dat al niet aan het eind van de voorfase is gebeurd (zie hiervoor). Het bezwaar dat de NMa hiermee extra werklast naar zich toehaalt, vinden wij niet heel overtuigend. Als het standpunt is dat de juridische kwaliteit te wensen overlaat (en er dus "een probleem" is), zal er ook een oplossing moeten worden gevonden. Bovendien voorkomt de verbeterslag dat later geschillen ontstaan, die ook (en vermoedelijk meer) beslag leggen op de middelen van de NMa. Dit past dus bij het streven om zo vroeg mogelijk in het besluit een correcte tekst te hebben. Deze verbeterslag zou echter een zuivere "*toilettage juridique*" moeten zijn, en geen gelegenheid voor inhoudelijke veranderingen. Het onderscheid tussen beiden is echter niet altijd even scherp.

6.5 Het traject van het ontwerp-besluit tot aan het definitieve besluit zou, binnen de grenzen van § 3.4 van de Awb, zo efficiënt mogelijk moeten verlopen. Op grond van art. 3:15, eerste lid, Awb hebben belanghebbenden de keuze hun zienswijze mondeling of schriftelijk naar voren te brengen. De combinatie van een hoorzitting met daarna de gelegenheid ook een schriftelijke zienswijze in te dienen biedt belanghebbenden de gelegenheid te reageren op elkaars zienswijzen. Dat is met name van belang gelet op het bepaalde in art. 3:15, derde lid Awb.[18]

[18] En ervan uitgaande dat het codevoorstel van de GNB een aanvraag betreft.

6.6 *In het geval dat het voorstel door de NMa is opgesteld*, hoeft het alleen maar te worden gegoten in een ontwerp-besluit, na raadpleging van stakeholders op basis van een voorontwerp. Dat laatste kan wettelijk worden vastgelegd. Vanaf vaststelling van het ontwerpbesluit is de procedure niet anders dan wanneer aan het ontwerpbesluit een voorstel van de GNB ten grondslag ligt.

6.7 Wij adviseren naar twee kanten strak de hand te houden aan termijnen. Dat betekent dat de NMa de wettelijke termijn van 6 weken voor het naar voren brengen van zienswijzen in beginsel niet zou moeten verlengen (art. 3:16 Awb). De wettelijke termijn voor het nemen van een besluit bedraagt 6 maanden vanaf ontvangst van de aanvraag indien het een besluit op aanvraag betreft (art. 3:18 lid 1 Awb). Daarvan is in elk geval geen sprake als de NMa zelf het voorstel heeft opgesteld. Als vuistregel zou kunnen worden gehanteerd dat de NMa uiterlijk [3] maanden vanaf de dag waarop schriftelijke zienswijzen ingediend hadden kunnen worden, haar besluit vaststelt. Van termijnen kan een heilzame druk uitgaan, die de NMa voor een deel weer kan "doorleggen" naar de bij het besluitvormingsproces betrokken partijen. De lange doorlooptijden worden immers algemeen als een probleem gezien.

6.8 Gelijktijdig met de zienswijzefase kan aanmelding aan de Europese Commissie van technische voorschriften op grond van Richtlijn 98/34/EG plaatsvinden, indien het ontwerpbesluit technische voorschiften in de zin van deze notificatierichtlijn bevat. Mochten de zienswijzen aanleiding geven tot aanpassingen in de technische voorschriften, dan kan ook een lopende notificatie worden aangepast. Indien de notificatieprocedure bij de Commissie voor vertraging zorgt is dat een reden om besluitvorming uit te stellen.[19]

6.9 Vanzelfsprekend dient de NMa in het definitieve besluit haar keuzes voldoende te motiveren en een gemotiveerd standpunt in te nemen omtrent de ontvangen zienswijzen. Dat laatste zou bij voorkeur in een aparte zienswijzebijlage kunnen gebeuren, zoals dat thans ook gebeurt bij methodebesluiten.[20]

6.10 Concluderend doen wij ten aanzien van deze bestuurlijke fase enkele aanbevelingen die, in beginsel, geen wetswijziging vergen:

- toepassen van de UOV
- uitvoeren van een juridische verbeterslag (indien niet vóór indiening verricht)
- de hand houden aan strakke termijnen
- eventuele notificatie in Brussel indien mogelijk parallel met zienswijzefase

[19] Bij de eerste vaststelling van de Gascodes is een splitsing aangebracht tussen onderdelen die niet en onderdelen die wel moesten worden aangemeld. Het voordeel daarvan is dat vaststelling van de delen die niet hoeven worden aangemeld, niet wordt vertraagd. Een mogelijk nadeel daarvan is versnipperde besluitvorming.
[20] Ter vergelijking: OPTA hecht ook een "Nota van bevindingen" aan haar marktanalysebesluiten.

7 Verbetering van het codeproces: besluitvorming en rechtsbescherming

Procedure voor het vaststellen van wijzigingen in een ontwerp-besluit

7.1 Thans komt het voor dat een vigerende codetekst verspreid staat over een primair besluit (voor zover gehandhaafd) en een beslissing op bezwaar (voor zover het primaire besluit is herroepen en in de b.o.b. een vervangende tekst is opgenomen). Ook kan een lacune ontstaan in gevallen waarin het primaire besluit is herroepen maar de NMa niet een andere tekst heeft vastgesteld, zodat het onderwerp vooralsnog ongeregeld is.

7.2 Met het laatste hangt samen de discussie naar de verhouding tussen de algemene bezwaarprocedure van art. 7:11 Awb (volledige heroverweging op grond van de bezwaren) en de bijzondere procedure voor de vaststelling van de codes. In zijn recente uitspraak van 2 december 2011 in Gascodes Bob II heeft het CBb getracht pragmatisch met deze problematiek om te gaan. Uitgangspunt in de bezwaarfase is het bepaalde in art. 7:11 Awb en de regel dat bij gegrondverklaring van een bezwaar onmiddellijk volledige besluitvorming volgt. Dat uitgangspunt wordt verlaten als een specifieke wettelijke procedure daaraan in de weg staat. Dat is met de procedure van art. 12f van de Gaswet in beginsel het geval, maar hangt ook af van de omstandigheden van het geval en kan per voorwaarde verschillen, aldus het CBb.

7.3 Ook na deze uitspraak blijft onzekerheid bestaan. Met name blijkt daaruit niet *expliciet* dat de NMa een vervangend besluit kan vaststellen zonder eerst naar de GNB terug te gaan. Deze onzekerheid kan worden weggenomen door een wetswijziging, waarin expliciet een uitzondering op art. 7:11 Awb zou worden vastgelegd. Een dergelijke wetswijziging is echter niet nodig als de UOV wordt toegepast.[21]

7.4 In de wet kan worden bepaald *dat* de UOV wordt toegepast. Ook kan het aan te raden zijn bij wet de te volgen procedure uit te werken, zodat meer duidelijkheid bestaat over de verhouding tussen de bepalingen inzake de UOV en de specifieke procedure van art. 12f Gaswet. Zodoende kan worden getracht te vermijden dat discussies ontstaan vergelijkbaar met die over de verhouding tussen art. 7:11 Awb en art. 12f Gaswet. Verkennend merken wij daarover het volgende op.

7.5 Wanneer de NMa een in het kader van de UOV ingebrachte zienswijze gegrond acht, dan zal zij op die onderdelen het ontwerp-besluit moeten herzien. Zij kan dat terstond zelfstandig doen, ook als het ontwerp-besluit is gebaseerd op een voorstel van de GNB. Voor een wijzigingsopdracht is in beginsel geen plaats, omdat het voorstel van

[21] Een dergelijke uitzondering op art. 7:11 Awb zal vermoedelijk nauw met het Ministerie van V & J moeten worden afgestemd.

de GNB als zodanig niet meer bestaat; het is opgegaan in het ontwerp-besluit. Alleen de NMa kan wijzigingen aanbrengen in haar eigen ontwerp-besluit. Als de NMa daarbij wil afwijken van het ontwerp-besluit in een voor de GNB ongunstige zin, kan het – afhankelijk van het onderwerp – echter wel geraden zijn de GNB daar van te voren van in kennis te stellen en de gewijzigde onderdelen in concept aan hen voor te leggen. Ook dit is echter sterk afhankelijk van het soort voorwaarde of onderwerp.

7.6 Toepassing van de UOV kan tot slot niet volledig voorkómen dat de besluitvorming nog steeds gefragmenteerd is. Als zou blijken dat een bepaald onderwerp uit het ontwerp-besluit - in het licht van een of meer ingebrachte zienswijzen of andere ontwikkelingen - niet rijp is voor definitieve besluitvorming, dan kan dat onderwerp het beste uit het besluit worden gelicht en bij een volgende codewijziging worden meegenomen. Het moet dan uiteraard wel gaan om een "afsplitsbaar" onderwerp. De toepasselijkheid van de UOV laat de mogelijkheid van een dergelijke opsplitsing onverlet.

Rechtsbescherming

7.7 Een bijkomend argument voor toepassing van de UOV kan zijn, dat het niet mogelijk is een voorlopige voorziening te vragen tegen het ontwerp-besluit, terwijl dit wel kan als een primair besluit is genomen waartegen bezwaar is ingediend. Aan de rechtsbescherming van belanghebbenden doet een en ander niet af, omdat tegen het definitieve besluit eventueel een voorlopige voorziening kan worden gevraagd als daartegen beroep wordt ingesteld.

7.8 De toepasselijkheid van de UOV impliceert dat, bij gegrondverklaring van een beroep, niet kan worden teruggevallen op een primair besluit, met daarin een regeling voor het betrokken onderwerp. Dit gegeven zien wij niet als een argument om af te zien van toepassing van de UOV. Codebesluiten zullen meer en meer een code*wijziging* behelzen. Vernietiging van het besluit zal dan betekenen dat ten aanzien van het betrokken onderwerp de oude tekst van het besluit herleeft; de wijziging is dan door de vernietiging ongedaan gemaakt. Dat kan in de praktijk problematisch zijn, bijvoorbeeld als de sector op basis van het besluit investeringen heeft gedaan. In dat geval moet er een nieuwe regeling komen om het vacuüm op te vullen. Dat is echter in de huidige situatie, waarin de bezwaarprocedure wordt toegepast, ook al zo. Bij gegrondbevinding van een beroep kan het primaire besluit worden herroepen of om een andere reden niet meer toepasbaar zijn.

7.9 De evaluatie van de E-wet en Gaswet biedt tevens de gelegenheid de optie onder ogen te zien waarbij beroep wordt afgeschaft. De codes zijn algemeen verbindende voorschriften waartegen beroep is uitgesloten, ware het niet dat art. 61, derde lid Gaswet beroep in één instantie bij het CBb openstelt. Het schrappen van beroep is net als andere bezuinigingsmaatregelen mogelijk "efficiënt", maar stuit naar ons idee op principiële bezwaren. Het belangrijkste bezwaar is dat tegen alle besluiten van de NMa

als NRI beroep open moet staan. Dat volgt ons inziens ook uit het Derde Pakket.[22] Rechtsbescherming via de burgerlijke rechter op grond van een vordering wegens onrechtmatige daad ligt ook praktisch gezien niet voor de hand. Wanneer belanghebbende partijen van oordeel zijn dat de door de NMa gemaakte belangenafweging niet juist is, dient er een instantie te zijn die daarover beslist. En dat is de bestuursrechter. Indien echter de gedachte terrein zou winnen dat beroep onwenselijk (en onnodig) is omdat het hier nu eenmaal een algemeen verbindend voorschrift betreft, dan is daarvan de consequentie dat de Minister (en niet de NMa) de codes moet vaststellen (zie hierna, onder 9).

7.10 Afschaffing van beroep zou er bovendien toe kunnen leiden dat meer geschillen aan de NMa zullen worden voorgelegd. Die monden uit in een geschilbesluit, dat bij de bestuursrechter kan worden aangevochten. Deze omweg legt ook weer beslag op middelen. Verder zou het afschaffen van beroep een argument kunnen zijn

8 Versimpeling van de codes

8.1 Uit hoofdstuk 5 volgen enkele aanbevelingen om de procedure anders in te richten en beter te stroomlijnen. Daarvan los staat de vraag of het mogelijk is vereenvoudigingen in de codes zelf aan te brengen ten einde ze meer toegankelijk te maken.

8.2 Zo rijst de vraag of de codes niet minder gedetailleerd kunnen zijn. Voor ons is die vraag moeilijk te beantwoorden. Onze indruk is dat elke bepaling een functie heeft en de GNB soms liever minder dan meer gereguleerd willen zien. Het kan echter geen kwaad eens in de zoveel tijd een opschoonoperatie te houden; voor zover bekend gebeurt dat ook.[23] Dan zou met name gekeken kunnen worden naar de consistentie van de verschillende codeteksten en of sommige bepalingen door technische of marktontwikkelingen wellicht zijn achterhaald. Een mogelijkheid zou zijn dat de NMa periodiek de GNB opdraagt een evaluatie uit te voeren.

8.3 De vraag naar versimpeling kan ook betrekking hebben op de verhouding tussen de verschillende codes. Daarbij zien wij nu enkele verschillen. De Technische Codes zijn in feite een verzameling codes. Overwogen kan worden die afzonderlijke codes onderdeel te maken van "de Netcode" of van "de Technische Code" (enkelvoud), welke dan een heel aantal hoofdstukken bevatten. Dat zou echter vooral een cosmetische operatie zijn. Alternatief zou kunnen zijn één code te maken voor de LNB en één aparte code voor de RNB's, zodat LNB en RNB elk hun eigen complete "codeboek" hebben. Er bestaat de nodige overlap tussen codes voor LNB en RNB (bijv. op het punt van congestiemanagement), maar dat hoeft op zich geen reden te zijn om niet voor elk een complete maar afzonderlijke set codes te hebben.

---

[22] Art. 37, lid 16, van Richtlijn 2009/72/EC.
[23] Zie codevoorstel van GNB van 4 juli 2011 inzake correcties in de Gascodes.

8.4 Een volgend aandachtspunt is dat de toetsingscriteria waaraan een codevoorstel moet worden getoetst (de belangen, regels en eisen genoemd in artikel 12f, leden 1 en 2 Gaswet), nogal ruim en open zijn geformuleerd,[24] zodat er weinig houvast bestaat over de inhoud van deze belangen en hun onderlinge verhouding. Dat stelt eisen aan de motivering waarom het ene belang zwaarder weegt dan het andere en waarom een bepaald voorstel van de GNB onvoldoende rekening houdt met een of meer van die belangen. Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als meer duidelijkheid zou ontstaan over de betekenis van de deze verschillende toetsingscriteria. Daartoe zou de NMa beleidsregels kunnen uitvaardigen.

8.5 In dit kader kan tot slot worden onderzocht in hoeverre het opportuun zou zijn de MR tariefstructuren en voorwaarden als regelgevende tussenlaag eruit snijden. Dat zou kunnen passen in het streven naar deregulering. Wij vragen ons echter af of dat een verbetering is. De ministeriële regeling heeft een kaderstellend effect, dat per saldo leidt tot meer structuur en grotere rechtszekerheid. De bevoegdheden van de NMa als nationale regulerende instantie worden er niet door aangetast.[25] Een bijkomende overweging om niet tot intrekking van de MR over te gaan kan zijn dat uitgangspunten die in de MR staan geregeld, niet rechtstreeks kunnen worden aangevochten bij de rechter; zij kunnen alleen exceptief getoetst worden bij beroep tegen een codebesluit. Als gezegd (zie 7.9) kan beroep tegen codebesluiten van de NMa niet worden afgeschaft.

9 Twee verdergaande alternatieven voor codes van de NMa

Algemene voorwaarden netbeheerders?

9.1 In de adviesaanvraag van 17 november 2011 wordt ook verzocht een meer radicale wijziging te onderzoeken, namelijk de codes te vervangen door algemene voorwaarden van de netbeheerders die dan door de NMa moeten worden goedgekeurd. Deze variant zouden wij niet willen aanbevelen.

9.2 Voor zover de NMa deze algemene voorwaarden niet zou (hoeven) goedkeuren zijn netgebruikers volledig aangewezen op wat netbeheerders eenzijdig bepalen. De NMa is dan haar regierol kwijt en de netgebruikers een stuk bescherming.

9.3 Voor zover de algemene voorwaarden wél door de NMa zouden moeten worden goedgekeurd, ligt het niet in de rede dat dit voor alle bepalingen uit de algemene

[24] Art. 36, leden 1 en 2 E-wet en art. 12f leden 1 en 2 Gaswet.
[25] Dat zou wellicht wel kunnen worden betoogd voor art. 3 lid 2 MR Gas inzake de methode voor vaststelling van de GAW van GTS. Deze bepaling heeft geen betrekking op tariefstructuren (zodat het de vraag is of die bepaling eigenlijk wel op art. 12 Gaswet gebaseerd kan worden).

voorwaarden zou gelden, bijvoorbeeld niet voor typisch privaatrechtelijke onderwerpen die geen verband houden met het feit dat netbeheerders een (feitelijk) monopolie hebben.[26] Dan ontstaat echter al snel de discussie over wat wel en wat niet moet worden goedgekeurd, vergelijkbaar met de discussie die nu wordt gevoerd over de vraag wat in de codes moet staan en wat in de TSC van GTS kan staan.

9.4 In het scenario van algemene voorwaarden die ter goedkeuring worden voorgelegd, dient de NMa rekening te houden met de belangen van belanghebbende partijen. De NMa kan niet zo maar een stempel zetten, maar zal zich ervan moeten vergewissen dat de haar ter goedkeuring voorgelegde algemene voorwaarden voldoen aan de wettelijke criteria en zij zal haar besluit moeten motiveren. Zowel tegen goedkeuring als tegen een weigering goed te keuren staat beroep open. Uiteindelijk wordt de procedure er niet wezenlijk lichter en eenvoudiger op dan in hoofdstuk 5 is geschetst.

Algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling?

9.5 Hierboven in 8.5 stonden wij stil bij de vraag of het voordelen biedt om de Ministeriële Regelingen Gas en Elektriciteit in te trekken, zodat het wettelijk kader voor de codes alleen bestaat uit de wet zelf. Het omgekeerde scenario is ook wel geopperd, namelijk om de codes te schrappen en de inhoud ervan neer te leggen in een AMvB of een ministeriële regeling.

9.6 Wij stellen voorop dat het Europees recht (het Derde Pakket) dat niet zou verbieden, behoudens voor de onderwerpen waarvan de richtlijnen voorschrijven dat de NRI's ze in onafhankelijkheid moeten kunnen beslissen.[27] Een en ander zou echter wel volledig ingaan tegen de tendens om regulerende bevoegdheden te concentreren bij de NRI, omdat van de NRI een grotere mate van onafhankelijkheid en deskundigheid wordt verwacht. Een aandachtspunt is bovendien dat voor belanghebbende marktpartijen wettelijk geen inspraakmogelijkheid is geregeld voordat een dergelijke regeling tot stand wordt gebracht. Ook rijst de vraag wat het aan zich trekken van de codes voor de bemensing van het Ministerie van EL&I zou betekenen en hoe dit ministerie er voor gaat zorgen dat er regelingen tot stand komen die zowel technisch van voldoende kwaliteit zijn als rekening houden met de belangen van alle stakeholders. Een volledige overheveling van de codes van de NMa naar het Ministerie van EL&I leidt tot een lastenverschuiving en is mede daarom af te raden.

9.7 Er zijn echter ook tussenoplossingen denkbaar. Sommige in de codes geregelde onderwerpen hebben een hoog politiek gehalte en daarvan kan men zich voorstellen dat die op het niveau van de Minister worden geregeld. Een voorbeeld van zo'n onderwerp is het socialiseren in de transporttarieven van kosten die slechts aan een

[26] Denk aan betalingstermijnen en exoneratieclausules, etc.
[27] Zie hiervoor, 3.7.

beperkt aantal gebruikers ten goede komt. Ook bepaalde veiligheidsaspecten kunnen wellicht beter niet door de NMa maar door de Minister worden vastgesteld. Zodoende zou kunnen worden besloten om de bestaande Tarievencode en de Technische Codes na te lopen op onderwerpen die zouden kunnen worden overgeheveld naar een ministeriële regeling.

10 Samenvatting en aanbevelingen

10.1 Uit het vorenstaande volgt dat wij niet zeer radicale wijzigingen aanbevelen in het codeproces. Wel zijn er duidelijke verbeteringen aan te brengen in de huidige situatie, die leiden tot een evenwichtiger belangenafweging, kortere doorlooptijden en per saldo een significante lastenverlichting.

10.2 Op een aantal punten stellen wij een wetswijziging voor:

1. Een algemeen initiatiefrecht voor de NMa in de wet vastleggen. Dat versterkt de regierol van de NMa, voorkomt impasses en het is een manier om beter te waarborgen dat vanaf het begin de belangen van netgebruikers volledig worden meegenomen. Daarbij tevens vastleggen dat de NMa stakeholders raadpleegt op basis van een voorontwerp.

2. Een verzwaarde motiveringsplicht voor de GNB in de wet vastleggen als zij de opsteller zijn. De eis dat in een voorstel van de GNB wordt aangegeven op grond van welke overwegingen bepaalde keuzes zijn gemaakt en waarom het voorstel verenigbaar is met alle in de wet genoemde belangen, eisen en voorschriften (art. 12f, leden 1 en 2 Gaswet), kan leiden tot evenwichtiger en kwalitatief betere voorstellen.

3. In het verlengde daarvan, een specifieke wettelijke grondslag creëren voor beleidsregels van de NMa over de wijze waarop zij haar bevoegdheid ex artikel 12f Gaswet zal invullen. Daarin kan de NMa meer duidelijkheid geven over de betekenis van de verschillende toetsingscriteria. De GNB zullen daar rekening mee moeten houden als zij een voorstel opstellen.

4. Wettelijk vastleggen dat de UOV wordt toegepast en bovendien de daarbij te volgen procedurele stappen uitwerken. Daardoor kan duidelijkheid ontstaan over de verhouding tussen de UOV en de bijzondere procedure voor de vaststelling van de codes. De UOV kan echter ook al op grond van een besluit van de Raad worden toegepast.

10.3 De hierna te noemen wijzigingen kunnen door de NMa eenzijdig of in overleg met de GNB worden doorgevoerd en zien vooral op een verbetering van het bestaande codeproces:

- Afspraken maken over deelname van de NMa aan het GEN of aan "informele" GEN bijeenkomsten; deelname zou geen vaste regel moeten zijn.

- Meer gebruik maken van vaste formats en een zienswijzebijlage verplicht stellen; zo worden codevoorstellen transparanter en beter hanteerbaar.

- Uitvoeren van een juridische kwaliteitsslag van een voorstel van de GNB, bij voorkeur in samenspraak met de GNB voordat het voorstel wordt ingediend; anders tussen indiening en vaststelling van het ontwerp-besluit.

- Het hanteren van strakke termijnen, zowel voor de belanghebbenden als voor de NMa zelf. Strakke termijnen voor de NMa zijn efficiëntiebevorderend.

10.4 Deze veelal praktische wijzigingen kunnen leiden tot codes die kwalitatief beter en inhoudelijk evenwichtiger zijn dan thans het geval is, waarbij als gevolg van kortere doorlooptijden een aanzienlijke lastenverlichting kan worden gerealiseerd.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

B.J. Drijber