Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

Regelgeving en beleid door onafhankelijke toezichthouders: de praktijk van ACM

J.G. Vegter & P.I.W.R. Maandag

1. Algemene introductie ACM

Op 1 april 2013 is de Autoriteit Consument & Markt (ACM) ontstaan uit de samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). Met de komst van de ACM is er in Nederland één organisatie die belast is met het algemene mededingingstoezicht, de bescherming van consumentenrechten en de regulering van (delen van) de markten voor energie, telecommunicatie, post en vervoer. De ACM is uniek in Europa, omdat zij sectorspecifieke regulering, consumentenbescherming en mededingingstoezicht kan combineren.

In dit artikel gaan we in op de praktijk van de ACM met betrekking tot het maken van regelgeving en beleid ter uitvoering van haar wettelijke taken en bevoegdheden. Eerst besteden wij aandacht aan de institutionele rechtsvorm van de ACM en de relatie tussen de ACM en de minister,[1] voor zover dat van betekenis is voor de wijze waarop invulling wordt gegeven aan regelgevende bevoegdheden en de bevoegdheid tot het maken van beleid. Datzelfde geldt voor de daaropvolgende beschrijving van de wettelijke taken, de doelstelling en de toelichting op de missie en de toezichtvisie van de ACM. We geven vervolgens concrete voorbeelden van ACM-regelgeving, marktanalysebesluiten, beleidsregels, handreikingen, visiedocumenten en voorlichting, de totstandkoming daarvan en de invulling van de discretionaire ruimte die de ACM daarbij heeft.[2] Tevens besteden wij aandacht aan de wijze waarop maatschappelijke groeperingen en burgers worden betrokken bij de totstandkoming van deze regels en beleid. Wij sluiten dit artikel af met enkele slotconclusies.

2. De institutionele rechtsvorm van ACM

De oprichting van de ACM is geregeld in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt,[3] die op 1 april 2013 in werking is getreden. Om de samenvoeging van de drie organisaties optimaal effect te geven was een tweede stap in het proces noodzakelijk. Die tweede stap is gezet met de op 1 augustus 2014 in werking

1 Met 'minister' wordt in dit artikel zowel de minister van Economische Zaken als de minister van Infrastructuur en Milieu bedoeld. Indien specifiek één minister wordt bedoeld, wordt dat uitdrukkelijk vermeld.

2 In dit artikel laten wij bespreking van de toezichts- en handhavingsinstrumenten van de ACM buiten beschouwing.

3 *Stb*. 2013, 102. De oprichting is geregeld in art. 2 lid 1.

doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

getreden materiële wet (de Stroomlijningswet).[4] Deze materiële wet strekt tot vereenvoudiging en stroomlijning van wettelijke taken en bevoegdheden en van de verschillende procedures, met als doel te komen tot een effectievere en efficiëntere uitvoering van het markttoezicht. De taken en bevoegdheden van de ACM op het gebied van energie, telecommunicatie en vervoer moeten gelet op Europese regelgeving[5] onafhankelijk van het bedrijfsleven (marktpartijen) en van de politiek worden uitgevoerd. Om dit te waarborgen heeft de ACM de rechtsvorm van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) gekregen. Los van genoemde Europese regelgeving is ook overigens de keuze voor een zbo gerechtvaardigd waar het gaat om de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid.

De zbo ACM bestaat uit drie leden, onder wie de voorzitter. De minister van Economische Zaken (EZ) stelt aan de ACM personeel ter beschikking ten behoeve van de uitvoering van de wettelijke taken van de ACM. Dit betreft ook taken ter uitvoering van sectorspecifieke toezichttaken binnen het domein van de minister van Infrastructuur en Milieu (IenM). In het kader van de hiervoor genoemde onafhankelijke oordeelsvorming is niet onbelangrijk hier op te merken dat het aan de ACM ter beschikking gestelde personeel uitsluitend een gezagsverhouding heeft met de ACM en daarom over zijn werkzaamheden ook uitsluitend aan de ACM verantwoording aflegt en niet aan de minister.[6] Het vorenstaande betekent dat de ACM en haar apparaat formeel gescheiden, maar materieel één organisatie zijn waarvoor, door specifieke regelgeving, de onafhankelijkheid, die aan de zbo-vorm verbonden is, geldt. De ACM is een klein zbo, hetgeen betekent dat het niet over eigen rechtspersoonlijkheid en over eigen vermogen beschikt.[7] De minister van EZ stelt aan de ACM ter uitvoering van haar taken financiële middelen ter

4 *Stb*. 2014, 247.

5 Deze Europese regels vereisen dat de toezichthoudende instantie een afzonderlijke instantie moet zijn die organisatorisch, hiërarchisch en wat besluitvorming betreft juridisch gescheiden en onafhankelijk is van alle andere privaatrechtelijke en publieke entiteiten. De meest verregaande eisen ten aanzien van onafhankelijkheid en taken van nationale regulerende instanties zijn neergelegd in de derde energierichtlijnen (art. 35 Richtlijn 2009/72/EG, *PbEG* 2009, L 211/55 en art. 39 Richtlijn 2009/73/EG, *PbEG* 2009, L 211/94), maar zijn ook opgenomen in de vierde spoorrichtlijnen (art. 55 Richtlijn 2012/34/EU, *PbEU* 2012, L 343/32), die momenteel in de Spoorwegwet worden geïmplementeerd (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33965, 2). Voor het toezicht op de telecommunicatiesector geeft Richtlijn 2002/21/EG, *PbEG* 2002, L 108/33 (de Kaderrichtlijn) voorschriften om de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties te waarborgen.

6 Op grond van art. 16 Kaderwet zbo's. De ACM heeft een mandaatregeling opgesteld ten aanzien van bevoegdheden van het personeel. De organisatie van het personeel wordt in de mandaatregeling van de ACM aangeduid met 'ACM-organisatie' (zie art. 1 onder c Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging 2013 (*Stcrt*. 2013, 9697)).

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 6-7. De keuze voor een klein zbo was voor zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer overigens geen uitgemaakte zaak. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel moest de minister van EZ toelichten waarom ervoor gekozen is om de ACM vorm te geven als een klein zbo en niet als een groot zbo met eigen vermogen en eigen personeel. Hij ontving kritische vragen met name vanwege de strenge onafhankelijkheidseisen die neergelegd zijn in de energie- en telecommunicatierichtlijnen. De minister antwoordde consequent dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de ACM niet wenselijk en volgens de Europese richtlijnen niet nodig is voor een zelfstandige taakuitoefening door de ACM.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

beschikking. De ACM bepaalt zelf hoe zij deze middelen binnen het apparaat besteedt.

3. Relatie ACM-minister

De ACM is belast met uitvoerende en toezichthoudende taken. De zbo-status brengt met zich mee dat de ACM zelfstandig besluiten moet kunnen nemen, onafhankelijk van de minister.
Tot de competentie van de minister behoort het vaststellen van beleid.[8] Hij is daarvoor politiek verantwoordelijk. Ten aanzien van de relatie tussen de ACM en de minister zijn de regels uit de Kaderwet zbo's van toepassing. In aanvulling op deze wet bevat de Instellingswet ACM enkele specifieke regels, zoals de bepaling dat de minister zich onthoudt van instructies die op een individuele zaak betrekking hebben en dat de bestuursleden van de ACM en het personeel van hem geen instructies mogen verlangen of ontvangen die op een individuele zaak betrekking hebben.[9] Deze regels zijn een implementatie van Richtlijn 2009/72/EG[10] en Richtlijn 2009/73/EG[11] (de derde energierichtlijnen) alsmede van de herziene telecommunicatierichtlijnen.
Ten slotte is in de Instellingswet ACM bepaald dat de minister uitsluitend een besluit van algemene strekking (bijvoorbeeld beleidsregels of regelgeving van de ACM) en uitsluitend wegens onbevoegdheid van de ACM kan vernietigen. Vernietiging kan niet plaatsvinden indien sprake is van besluiten op het gebied van energie, telecommunicatie, post en vervoer. Vernietiging van dergelijke besluiten van de ACM is überhaupt niet aan de orde.[12]

Er bestaat geen wettelijk goedkeuringsrecht voor de verantwoordelijk minister met betrekking tot beleidsregels van de ACM. Daarentegen is in de Mededingingswet (Mw) en in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) een afkeuringsrecht voor de minister van EZ opgenomen ten aanzien van beleidsregels van de ACM met betrekking tot de aan haar in deze wetten toegekende bevoegdheden.[13] De ACM is gehouden voorgenomen beleidsregels in het kader van deze twee wetten aan hem voor te leggen. Indien naar zijn oordeel de voorgenomen beleidsregels in strijd zijn met een goede taakuitoefening door de ACM,

8 De minister van EZ is verantwoordelijk voor het beleid ten aanzien van mededinging, consumentenbescherming en het sectorspecifieke toezicht op de energie-, telecommunicatie- en postsector. De minister van IenM is verantwoordelijk voor het beleid ten aanzien van de vervoersectoren.
9 Op grond van art. 9 Instellingswet ACM.
10 Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en intrekking van Richtlijn 2003/54/EG.
11 Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG.
12 Tijdens de behandeling van de Instellingswet ACM in de Eerste Kamer heeft de minister van EZ toegezegd dat genoemde uitzondering zou worden opgenomen. Zie *Handelingen I* 2012/13, 17, item 3, p. 12.
13 In respectievelijk art. 5a Mw en art. 2.4 Whc.

doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

kan de ACM haar beleidsregels niet vaststellen. Evenals bij het toezicht op de Mw gaat het bij toezicht op basis van de Whc om generiek toezicht en voor deze vorm van toezicht beschikt de minister ten aanzien van de ACM over dezelfde bevoegdheden (vernietigingsrecht van art. 10 Instellingswet ACM en het afkeuringsrecht van beleidsregels).[14] Ten aanzien van alle andere beleidsregels van de ACM is in artikel 8 van de Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers[15] bepaald dat de ACM het ontwerp van dergelijke beleidsregels ter kennisneming toestuurt aan de minister. Hij is echter niet bevoegd om aanpassingen in het ontwerp af te dwingen.
Op grond van de Kaderwet zbo's is de minister bevoegd om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening van de ACM.[16] Zijn bevoegdheid is niet onbegrensd. In alle gevallen geldt dat deze beleidsregels van algemene aard zijn en geen betrekking kunnen hebben op de taakuitoefening van de ACM in een individuele zaak.[17] Voorts zal de minister bij zijn afweging om beleidsregels vast te stellen rekening moeten houden met Europese regelgeving met betrekking tot de onafhankelijkheidsvereisten van de ACM.[18] Dit speelt met name wanneer de derde energierichtlijnen van toepassing zijn. Op voorhand is niet exact vast te stellen in welke gevallen de minister van zijn bevoegdheid gebruik mag maken om beleidsregels voor de ACM vast te stellen en in welke gevallen niet.[19]

4. ACM en wetgever

Als uitgangspunt geldt dat in een wet in formele zin de voornaamste (rechtspolitieke) keuzes over de inhoud van het recht worden opgenomen, zoals duurzame normen en reikwijdtebepalingen ('primaat van de wetgever'). Dit geldt ook voor de wetten die de ACM uitvoert en waarop zij toezicht houdt. Wetten in formele zin op het terrein van energie, telecommunicatie en vervoer zijn gebaseerd op Europese richtlijnen, waarin onafhankelijkheidseisen zijn opgenomen voor de ACM. De meest verregaande onafhankelijkheidseisen zijn opgenomen in de derde energierichtlijnen. Volgens de derde energierichtlijnen is het toegestaan dat nationale overheden energiebeleid maken en beleidskaders vaststellen waarbinnen nationale regulerende instanties hun taken moeten uitvoeren.
Bij het maken van beleid dient rekening te worden gehouden met de onafhankelijkheidseisen voor de regulerende instanties. De zelfstandige en onafhankelijke positie dient daarbij te worden gerespecteerd, waardoor – ook in wetten in formele zin – geen diepgaande inmenging mag plaatsvinden. Het Europese Hof van

14 *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 70-71.
15 *Stcrt*. 2013, 8155.
16 Voorbeelden hiervan zijn de Boetebeleidsregel ACM 2014 (*Stcrt*. 2014, 19776) en de Beleidsregel clementie (*Stcrt*. 2014, 19745) van de minister van EZ.
17 Zie CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470. In deze uitspraak oordeelde de rechter dat de Minister van EZ in strijd met het toenmalige art. 5d Mw een aanwijzing gaf met betrekking tot een individueel geval.
18 *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 11.
19 *Kamerstukken II* 2010/11, 32814, 3, p. 24. De MvT vermeldt: 'het is niet op voorhand aan te geven in welke concrete gevallen beleidsregels wel mogelijk zijn'.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

Justitie heeft in dat verband in twee zaken op het terrein van energie uitspraak gedaan waarbij de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale wetgever en de regulerende instantie aan de orde is gekomen. In beide zaken was volgens het Europese Hof sprake van een ongeoorloofde inmenging van de wetgever bij het uitvoeren van reguleringstaken door de regulerende instantie.[20] Dit is echter niet altijd even duidelijk.

Binnen de ruimte die de derde energierichtlijnen bieden, worden in wetgeving kaders en uitgangspunten vastgelegd die regulerende instanties bij hun besluiten moeten betrekken. Tot het domein van de wetgever zal in ieder geval het vaststellen van algemene regels behoren die brede consequenties hebben voor de maatschappij.[21] Zo zijn bijvoorbeeld het vastleggen van de uitgangspunten voor een tariefstelsel te rekenen tot de competentie van de wetgever, aangezien het daarbij gaat om de vraag wie welke lasten dienen te dragen en welke belangen in de afweging een rol spelen. Dit zijn politieke beslissingen. De regulerende instantie (ACM) stelt de hoogte van tarieven vast en bepaalt op welke wijze zij dat doet. Zo bepaalt de regulerende instantie bijvoorbeeld op welke wijze zij efficiënte kosten van energienetbeheerders vaststelt. Dit kan onder meer door middel van een benchmark. Tussen deze uiteinden (waar gaat de wetgever in ieder geval over en waarover de regulerende instantie) bevindt zich een grijs gebied waarbinnen er discussie kan zijn wie (wetgever of regulerende instantie) waarover gaat. Op voorhand is niet altijd duidelijk waar de bevoegdheid van de wetgever eindigt om bijvoorbeeld energiebeleid te maken en waar regulering door de regulerende instantie begint.
Dat dergelijke bevoegdheidsvraagstukken ook actueel kunnen zijn, blijkt uit het opstellen van het wetsvoorstel houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en Gaswet), dat – op het moment van publicatie van dit artikel – bij de Tweede Kamer is ingediend. Het wetsvoorstel strekt tot herziening van de wetgeving inzake elektriciteit en gas. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is (invulling van) het hiervoor genoemde 'grijze gebied' uitdrukkelijk aan de orde gekomen. De minister van EZ en de ACM hebben de relevante bevoegdheidsvragen

20 In de zaak *Commissie/België* (C-474/08) oordeelde het Hof dat België in strijd handelde met de tweede energierichtlijn door in wetgeving aan de Koning en niet aan de regulerende instantie de bevoegdheid te verlenen om doorslaggevende elementen te bepalen met betrekking tot het berekenen van tarieven. In de zaak *Commissie/Zweden* (C-274/08) oordeelde het Hof dat Zweden zijn verplichtingen niet nakwam omdat het de regulerende instantie niet verantwoordelijk heeft gemaakt voor het berekenen of vastleggen van voorwaarden inzake aansluiting op het net. Ook op het terrein van telecommunicatie heeft het Hof uitspraken gedaan met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling. Het Hof heeft meermalen bepaald dat de bevoegdheden van telecomautoriteiten moeten worden geïnterpreteerd op basis van de context en de doelstellingen van het regelgevingskader waarin hun bevoegdheden zijn vastgelegd. Nationale regulerende instanties hebben een bepaalde keuzeruimte nodig om hun bevoegdheden op een effectieve manier uit te oefenen. Zie S. Lavrijssen & A. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal (red.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011 en P. van den Berghe, 'Een andere soeverein in Nederland', Staatsrechtconferentie 2012, Leiden.

21 Zie ook *Kamerstukken I* 2013/14, 33493, C, p. 14-15.

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

besproken en uitgangspunten vastgesteld. Een belangrijke vraag die speelde, was in hoeverre de formele wetgever nadere kaders mag stellen met betrekking tot de wettelijke taak van de ACM tot het vaststellen van de methode ten behoeve van het bepalen van de hoogte van tarieven. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft zich over deze bevoegdheidsvragen gebogen en daarbij kennisgenomen van de uitgangspunten zoals door de minister en de ACM zijn bepaald. Belangrijke conclusie van de Afdeling is dat de formele wetgever binnen de relevante Europese regels de bevoegdheid heeft om algemene kaders vast te stellen op het gebied van energiebeleid, ook al hebben deze kaders indirect effect op de tarieven die de ACM vaststelt. Deze bevoegdheid komt – zoals ook blijkt uit de hiervoor vermelde jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie – op gespannen voet te staan met het Europees recht indien de wetgeving verder gaat dan een algemeen kader, bijvoorbeeld door doorslaggevende elementen in wetgeving te verankeren die een aanmerkelijke invloed kunnen hebben op het vaststellen van de hoogte van tarieven. Te denken valt aan bijvoorbeeld het opnemen van een bepaling in wetgeving met betrekking tot de volledige doorberekening van historische kapitaalkosten in de tarieven. Terughoudendheid door de formele wetgever is in dat geval aangewezen.

Vraagstukken rondom onafhankelijkheid blijven belangrijk voor de praktijk van de ACM.
De verantwoordelijk minister en de ACM streven ernaar om tijdig – bij aanvang van het wetgevingsproces – met elkaar bevoegdheidsvraagstukken te bespreken. Dat gebeurt in de praktijk ook. Het vorenstaande is daar een voorbeeld van. Minister en ACM kunnen – en dat is in bovenstaand voorbeeld gebeurd – in dat verband ook samen uitgangspunten vaststellen aan de hand waarvan in een concreet geval kan worden vastgesteld wie ten aanzien waarvan bevoegd is. Hiervoor is niet meer of andere wet- en regelgeving nodig, nog daargelaten dat in onze overtuiging antwoorden op deze vraagstukken niet in wet- en regelgeving te vatten zijn. Belangrijker is dat de minister en de ACM tijdig met elkaar de dialoog aangaan. Daaraan staat de onafhankelijkheid van de ACM niet in de weg. Een dergelijk proces is bovendien geborgd omdat na de afronding van de gebruikelijke wetgevingsprocedure altijd de rechter in een concreet geval nog kan toetsen of de wet op dit punt in lijn is met Europese richtlijnen en jurisprudentie.

5. De wettelijke taken en doelstelling van ACM

De ACM is belast met taken die haar bij of krachtens de wet zijn opgedragen. Onder ‘wet’ wordt bedoeld de andere materiële wetten dan de Instellingswet

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

ACM, waarin de taken van de ACM zijn opgenomen,[22] alsmede wetgeving die uitvoering geeft aan Europese verordeningen. Zoals aan het begin van dit artikel is opgemerkt, oefent de ACM drie vormen van markttoezicht uit: algemeen mededingingstoezicht, sectorspecifiek markttoezicht en consumentenbescherming. De doelstellingen van deze drie vormen van marktoezicht overlappen elkaar deels. Op basis hiervan is een omvattende doelstelling van het ACM-toezicht geformuleerd:[23] 'De werkzaamheden van ACM hebben tot doel het bevorderen van goed functionerende markten, van ordelijke en transparante marktprocessen en zorgvuldige behandeling van consumenten.' Door het amendement Verhoeven[24] is hieraan nog toegevoegd: 'Zij bewaakt, bevordert en beschermt daartoe een effectieve concurrentie en een gelijk speelveld op markten en neemt belemmeringen daarvoor weg.'

6. De missie en toezichtvisie van ACM

Het staat de ACM vrij om zelf te bepalen op welke wijze zij haar wettelijke taken uitvoert om haar doelstelling na te streven. Dit is inherent aan haar onafhankelijke positie als zbo ten opzichte van de minister. De wijze waarop de ACM regelgeving vaststelt en beleid maakt, wordt bepaald door haar missie en toezichtvisie, voor zover de wet daarvoor de ruimte biedt. Die ruimte hiervoor is groter bij het opstellen van handreikingen en visiedocumenten dan bij het opstellen van regelgeving en marktanalysebesluiten, waarbij de ACM is gebonden aan de doelstellingen zoals die zijn opgenomen in de wet.
De missie van de ACM is het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten. Bij het verwezenlijken van haar missie is het vergroten van consumentenwelvaart de belangrijkste drijfveer. De ACM bevordert kansen voor innovatie, nieuwe producten, diensten en bedrijven, zodat consumenten keuzes hebben. Zij spoort bedrijven aan duidelijk te zijn over wat zij consumenten aanbieden, zodat zij geïnformeerde keuzes kunnen maken. De toezichtvisie van de ACM brengt tot uitdrukking hoe zij haar missie uitvoert: op welke wijze zij de consument centraal stelt en hoe zij omgaat met vraagstukken rond publieke belangen.

22 Het betreft taken in de volgende wetten: Aanbestedingswet 2012, Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, Dienstenwet, Drinkwaterwet, Elektriciteitswet 1998, Gaswet, Loodsenwet, Mededingingswet, Postwet 2009, Scheepsvaartverkeerswet, Spoorwegwet, Telecommunicatiewet, Warmtewet, Wet handhaving consumentenbescherming, Wet implementatie EU-richtlijnen energie-efficiëntie, Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas), Wet luchtvaart, Wet op het financieel toezicht, Wet personenvervoer 2000, Wet post BES, Wet telecommunicatievoorzieningen BES, Wet van 23 november 2006 in verband met wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer.

23 Art. 2 lid 5 Instellingswet ACM.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33622, 12.

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

7. Regelgeving, marktanalysebesluiten, beleidsregels, handreikingen, visiedocumenten en voorlichting

De ACM beschikt over verschillende mogelijkheden om regels vast te stellen en beleid te maken, variërend van het vaststellen van regelgeving (algemeen verbindende voorschriften) tot het geven van voorlichting ter uitvoering van haar wettelijke taken en bevoegdheden. Hierna bespreken wij de verschillende mogelijkheden. Sommige daarvan zijn gebaseerd op een wet, andere vloeien voort uit de doelstelling van de ACM.

7.1 Regelgeving

Er zijn drie voorbeelden uit de energiewetgeving waarbij de ACM de wettelijke taak heeft om regelgeving te maken.[25]

- *Codes*

Een eerste voorbeeld is de taak tariefstructuren en voorwaarden vast te stellen.[26] In de praktijk wordt daarvoor de verzamelterm 'codes' gebruikt. In codes zijn afspraken tussen netbeheerders en afnemers[27] of tussen netbeheerders en netgebruikers opgenomen.[28] In de energiesector vervullen codes een belangrijke rol. Er zijn codes die betrekking hebben op het berekenen van tarieven die netbeheerders bij afnemers en netgebruikers in rekening brengen, codes die betrekking hebben op voorwaarden voor aansluiting tot het netwerk, of codes die betrekking hebben op afspraken over de uitwisseling van gegevens tussen netbeheerders, energieleveranciers, of meetbedrijven. De codes bevatten zelfstandige normstellingen die zowel netbeheerders, afnemers als netgebruikers binden en zijn daarmee aan te merken als algemeen verbindende voorschriften.[29]

De E-wet en de Gaswet verwijzen naar onderwerpen die in ieder geval in de codes moeten zijn geregeld. Voor het vaststellen en het wijzigen van codes is in genoemde wetten een specifieke procedure opgenomen, waarbij rollen zijn weggelegd voor de gezamenlijke netbeheerders, de representatieve organisaties en de ACM.[30] Als hoofdregel geldt dat de gezamenlijke netbeheerders[31] – gelet op hun expertise – het initiatief voor het opstellen of wijzigen van codes nemen. Zij overleggen over een voorstel daartoe eerst met representatieve organisaties, die op hun beurt het recht hebben om hun zienswijze te geven. Vervolgens zenden de

25 Regelgevende bevoegdheden volgens Ar 124c.

26 Op basis van art. 36 en 55 E-wet en art. 12f en 23 Gaswet.

27 Degenen die een fysieke aansluiting hebben op het netwerk.

28 In de Informatiecode zijn afspraken opgenomen tussen afnemers en ondernemingen die zich bezighouden met het transporteren, leveren of meten van elektriciteit en gas.

29 Zie *Kamerstukken I* 1998/99, 26303, 225f en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26463, 7.

30 In het *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* zijn twee artikelen gepubliceerd die uitgebreid ingaan op de totstandkoming en de wijziging van codes. Zie J.J. Janssen, 'De procedure tot wijziging van de technische voorwaarden elektriciteit en gas. Een beschouwing over bijzondere algemeen verbindende voorschriften', *NTE* 2009, afl. 3/4, p. 146-154 en G. Rodenhuis, 'De totstandkoming van codes', *NTE* 2014, afl. 3/4, p. 130-136.

31 Of een representatief deel van ondernemingen die zich bezighouden met het transporteren, leveren of meten van elektriciteit en gas.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

gezamenlijke netbeheerders het (al dan niet als gevolg van de ingediende zienswijzen aangepaste) voorstel aan de ACM ter vaststelling. De ACM toetst integraal of het voorstel niet in strijd is met de belangen, regels en eisen uit de E-wet of de Gaswet.
Tegen het besluit tot vaststelling of wijziging van codes kunnen belanghebbenden – in afwijking van artikel 8:2 aanhef en onder a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) – bezwaar en beroep indienen.[32] Daarbij rijst de vraag wie als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt.[33] Uit jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) volgt dat het vrijwel uitgesloten is dat een individuele afnemer op kan komen tegen een code, omdat hij zich niet op basis van relevante feiten en omstandigheden in voldoende mate kan onderscheiden van andere afnemers. Individuele afnemers ontberen derhalve een individueel belang. Het College heeft in een geval gekozen voor de 'categorale benadering', waarbij een (rechts)persoon automatisch als belanghebbende wordt aangemerkt, enkel op basis van het feit dat deze (rechts)persoon tot een bepaalde groep behoort. Tot nu toe heeft het College deze benadering alleen toegepast bij de groep regionale netbeheerders elektriciteit en gas, omdat zij normadressaat zijn van codes en zij als groep een duidelijk profiel hebben. Individuele afnemers kunnen zich verenigen en een privaatrechtelijke organisatie oprichten in de vorm van bijvoorbeeld een vereniging of stichting. Op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb kunnen zij opkomen tegen een code als collectief-belangbelanghebbende. In dit licht is het interessant om een verband te leggen met de E-wet en de Gaswet, waarin bepaald is dat een representatieve organisatie op de elektriciteits- of gasmarkt wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten – niet zijnde beschikkingen – op grond van deze wetten.
Bij het vaststellen van codes heeft de ACM de nodige discretionaire ruimte, zodat zij bepaalde beleidskeuzes kan maken. Het CBb toetst de door de ACM vastgestelde codes marginaal. Het College beoordeelt niet wat de meest gewenste inhoud van deze voorschriften zou zijn, maar of de door de ACM gemaakte keuzes zich verdragen met hetgeen voortvloeit uit de wet en de beginselen van behoorlijk bestuur.

- *Methodebesluiten*

Een tweede voorbeeld van een wettelijke taak tot het maken van regelgeving is de taak van de ACM om de methodiek vast te stellen op basis waarvan tarieven voor het transport van elektriciteit en gas door netbeheerders worden bepaald (methodebesluit).[34] Ook een methodebesluit wordt aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift. Voor het vaststellen van methodebesluiten zijn in de E-wet en de Gaswet procedureregels opgenomen. Zo geldt het methodebesluit voor ten minste drie en ten hoogste vijf jaar en dient voor elke wettelijke taak van de net-

32 Het indienen van beroep (en dus ook bezwaar) tegen codes is geregeld in art. 4 van bijlage 2 Awb.
33 Voor een overzicht van jurisprudentie die in de beginjaren van de energieregulering is gevormd, zie P.I.W.R. Maandag & J.J.M. Kranenburg, 'Belang of geen belang: een overzicht van belanghebbendenjurisprudentie uit het energierecht', *NTE* 2008, afl. 4/5, p. 245-253.
34 Op basis van art. 41 E-wet en art. 81 en 82 Gaswet.

doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

beheerders een methodebesluit te worden vastgesteld. In genoemde energiewetten is voorgeschreven dat de ACM het methodebesluit pas kan vaststellen nadat zij overleg heeft gehad met de gezamenlijke netbeheerders en representatieve organisaties. Vaak geeft de ACM aan deze verplichting invulling door het instellen van een klankbordgroep. Bij het vaststellen van methodebesluiten verklaart de ACM vrijwel altijd de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, zoals bedoeld in afdeling 3.4 Awb,[35] van toepassing. Belanghebbenden kunnen in de periode waarbinnen het ontwerpbesluit ter inzage ligt hun zienswijzen geven op het ontwerpbesluit. Nadat de ACM het methodebesluit definitief heeft vastgesteld, kunnen belanghebbenden daartegen in beroep bij het CBb.[36]
Ook ten aanzien van het methodebesluit heeft de ACM de nodige beoordelingsruimte om beleidskeuzes te maken. Dit heeft het CBb meermalen bevestigd.[37] In dat kader is van belang dat de ACM onafhankelijk toezicht houdt op de elektriciteits- en gasmarkt met als doel deze markten zo efficiënt mogelijk te laten werken. Bij het transport van elektriciteit en gas is geen sprake van een vrije markt. Afnemers zijn gebonden aan de netbeheerder die het net beheert waar zij een aansluiting hebben. Bij het reguleren weegt de ACM de verschillende maatschappelijke belangen tegen elkaar af. Bij die afweging speelt de betaalbaarheid van de energievoorziening een rol. Betaalbare energie vergroot de consumentenwelvaart. Daarnaast kijkt de ACM naar de financierbaarheid van netbeheerders, hetgeen ten goede komt aan de continuïteit van hun bedrijfsvoering en de leverings- en voorzieningszekerheid.

- *Modelcontract*

Ten slotte heeft de ACM de wettelijke taak tot het vaststellen van het modelcontract dat energieleveranciers verplicht zijn te hanteren bij het leveren van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.[38] Ten aanzien van de procedure kunnen wij kort zijn. In beide energiewetten is alleen voorgeschreven dat de ACM het modelcontract kan vaststellen na consultatie van organisaties van leveranciers, netbeheerders en afnemers. Omdat dit besluit niet is opgenomen in artikel 4 van bijlage 2 Awb, geldt de hoofdregel van artikel 8:2 aanhef en onder a Awb, zodat tegen de vaststelling van het modelcontract géén bezwaar en beroep mogelijk is.
Voor geen van deze drie voorbeelden is wettelijk bepaald dat het resultaat ervan kwalificeert als algemeen verbindende voorschriften (hoewel voor codes in de wetsgeschiedenis daarvoor wel aanknopingspunten zijn te vinden). Rechterlijke

35 De ACM past de afdeling 3.4-procedure toe omdat haar de nodige beoordelingsruimte toekomt en er grote (financiële) belangen op het spel staan. Methodebesluiten zijn bepalend voor de regulering en gelden als moederbesluiten waarin de methode is opgenomen waarmee tarieven worden bepaald.

36 Op grond van art. 4 van bijlage 2 Awb.

37 Zie o.a. CBb 23 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9127, CBb 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6476 en CBb 8 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2307.

38 Op basis van art. 95na E-wet en art. 52ca Gaswet.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

uitspraken hebben daarover uitsluitsel gegeven.[39] Voor de rechter is steeds leidend geweest dat sprake is van zelfstandige normstelling door de ACM op basis van een wettelijke bevoegdheid. Deze normen hebben externe werking omdat zij ook andere partijen binden dan de ACM.
Voor alle drie de voorbeelden van regelgeving geldt dat het gaat om regelgevende bevoegdheden als bedoeld in aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Het betreft regels die technisch (en regulatoir) van aard zijn, die de ACM vaststelt op grond van haar specifieke deskundigheid. De minister van EZ heeft geen formele rol bij de vaststelling daarvan.
Zoals hiervoor is opgemerkt, is de minister niet bevoegd om ACM-regelgeving vooraf goed te keuren of achteraf te vernietigen. Met betrekking tot het vaststellen van codes heeft de minister in de vorm van een ministeriële regeling een beleidskader vastgesteld waarin hij verduidelijkt welke onderwerpen in elk geval in codes moeten worden geregeld.[40] Overigens is dit het enige voorbeeld van bemoeienis van de minister bij het vaststellen van ACM-regelgeving.[41] Gelet op de aard van de te regelen materie en gelet op de in paragraaf 3 genoemde (Europese) regels inzake onafhankelijkheid, zal de minister zich ten aanzien van deze wettelijke taken tot het maken van regelgeving niet zo snel begeven op het pad van de ACM. Wij kunnen vaststellen dat de ACM uit de voeten kan met de regelgevende bevoegdheden die de wetgever aan haar heeft geattribueerd. Zij is in staat op basis van haar deskundigheid deze technische regels vast te stellen, onafhankelijk van de minister. Er is naar onze mening sprake van een toereikend evenwicht tussen de regelgevende taak van de ACM binnen het domein energie en de politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het energiebeleid.

7.2 Marktanalysebesluiten

De ACM heeft op grond van de Telecommunicatiewet (TCOMW) de taak om periodiek de concurrentiesituatie op relevante elektronische-communicatiemarkten te onderzoeken. De ACM analyseert elke drie jaar de telecommarkten. Zij stelt daarbij vast of sprake is van daadwerkelijke concurrentie of aanmerkelijke marktmacht van een marktpartij. Indien de ACM constateert dat een telecombedrijf een aanmerkelijke marktmacht heeft, legt zij aan dit bedrijf verplichtingen (regels) op. Dit doet de ACM in zogeheten marktanalysebesluiten. De verplichtingen die de ACM kan opleggen, staan in hoofdstuk 6a TCOMW. Dat kunnen bijvoorbeeld verplichtingen zijn die met de toegang tot het netwerk verband houden. De ACM kan

39 Zie voor codes CBb 15 februari 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC6761 en CBb 2 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU7267, voor methodebesluiten CBb 23 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1052, *AB* 2013/284 en voor het vaststellen van een modelcontract CBb 5 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:80, *JB* 2014/114.

40 Zie Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit en Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden gas. In het conceptwetsvoorstel houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (E-wet en Gaswet) komt deze bevoegdheid van de minister te vervallen.

41 Een aantal jaren geleden heeft de minister van EZ getracht de vaststelling van een methodebesluit te beïnvloeden door in beleidsregels een individuele aanwijzing te geven aan de NMa. De rechter stak hier een stokje voor. Zie voetnoot 17.

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

aan de verplichtingen voorschriften verbinden betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit.
Hoewel de ACM de bevoegdheid heeft om in marktanalysebesluiten verplichtende normen op te leggen aan telecombedrijven, zijn deze regels niet aan te merken als algemeen verbindende voorschriften.[42] Op de voorbereiding van een marktanalysebesluit heeft de wetgever afdeling 3.4 Awb van toepassing verklaard.[43] Belanghebbenden worden in de gelegenheid gesteld om op het ontwerpbesluit zienswijzen naar voren te brengen. Vervolgens wordt het ontwerpbesluit aan de Europese Commissie gezonden ter notificatie. Daarna kan de ACM het besluit definitief vaststellen. Tot slot kunnen partijen in beroep gaan bij het CBb. Het nemen van marktanalysebesluiten is voor de ACM geen doel op zich. Het uiteindelijke doel voor de ACM is om de ontwikkeling van, een door duurzame concurrentie gekenmerkte, eindgebruikersbelangen te bevorderen.

Sinds 1 januari 2014 heeft de ACM de bevoegdheid om op grond van de Postwet 2009 de postmarkt te analyseren. Indien de ACM op basis van een marktanalyse van oordeel is dat een postvervoerbedrijf beschikt over een aanmerkelijke marktmacht, dan kan zij dat bedrijf verplichtingen opleggen. Marktanalysebesluiten die de ACM neemt op basis van de Postwet 2009 vertonen overeenkomsten met marktanalysebesluiten die door haar op grond van de TCOMW worden genomen. De marktanalysebesluiten op grond van de Postwet 2009 zijn eveneens niet aan te merken als algemeen verbindende voorschriften en komen op dezelfde wijze tot stand als de marktanalysebesluiten op grond van de TCOMW, met dien verstande dat notificatie door de Europese Commissie bij marktanalysebesluiten niet plaatsvindt.[44] De ACM verricht haar marktanalyses op basis van haar specifieke deskundigheid. Net als bij de vaststelling van ACM-regelgeving heeft de minister – gelet op de Europese onafhankelijkheidseisen – bij de vaststelling van marktanalysebesluiten geen formele betrokkenheid. De ACM komt de nodige (beoordelings)ruimte toe bij het onderzoeken van de telecom- en postmarkt en het – in verband daarmee – opleggen van verplichtingen. Bij de afbakening van de relevante markt en de dominantieanalyse sluit de ACM aan bij het mededingingsrecht. Zij neemt bij het opleggen van verplichtingen de eisen van proportionaliteit in acht en past daarbij tevens een belangenafweging toe die is voorgeschreven in

42 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, 7, p. 16: 'Het is echter niet zo dat aan het college de bevoegdheid wordt toegekend om zelf algemeen verbindende voorschriften vast te stellen', en p. 31: 'Het college is een toezichthouder die wettelijk geregelde bevoegdheden krijgt om in bepaalde gevallen verplichtingen te kunnen opleggen aan bepaalde markpartijen. Die bevoegdheden kunnen niet zover gaan dat het college zelf zou kunnen bepalen dat ook andere dan in de wetgeving genoemde verplichtingen aan marktpartijen kunnen worden opgelegd. Dit zou neerkomen op de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te geven waarop geen enkele democratische controle mogelijk is.'

43 Ingevolge art. 6b.1 TCOMW.

44 Het kabinet is voornemens om het sectorspecifieke markttoezicht door de Nederlandse Zorgautoriteit op de zorgsector over te hevelen naar de ACM (waarbij de ACM o.a. zal beschikken over het instrument van aanmerkelijke markmacht). Zie brief van de minister van VWS 'Kwaliteit loont' van 6 februari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 31765, 116.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

artikel 3:4 Awb. Eveneens speelt daarbij de wettelijke doelstelling van de ACM een rol om goed functionerende markten te bevorderen.
Marktanalysebesluiten moeten overigens niet worden verward met het doen van marktonderzoek (marktscans). Om een goed beeld te krijgen van de markten waarop de ACM toezicht houdt, verricht zij marktonderzoek om problemen of tekortkomingen van het instrumentarium of de regulering aan het licht te brengen. In het verleden zijn marktonderzoeken verricht die wezen op tekortkomingen van het reguleringsregime in de spoor- en luchtvaartmarkt. In deze marktonderzoeken worden geen verplichtingen aan derden opgelegd.

7.3 Beleidsregels

De ACM beschikt net als andere bestuursorganen in Nederland over de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de aan haar toekomende wettelijke bevoegdheden.[45] De ACM kiest voor het maken van beleidsregels wanneer zij aan de buitenwereld kenbaar wil maken op welke wijze zij gebruik maakt van haar wettelijke bevoegdheden en welke uitleg door haar gegeven wordt aan bepaalde wettelijke voorschriften. Door het vaststellen van beleidsregels tracht de ACM de effectiviteit van haar toezicht te vergroten. Voor de buitenwereld is op die manier het handelen van de ACM voorspelbaar, hetgeen ten goede komt aan het creëren van draagvlak voor het optreden van de ACM in een concreet geval. Bij het vaststellen van beleidsregels laat de ACM zich ook leiden door haar missie en toezichtvisie, waarbij beleidsregels uiteindelijk moeten leiden tot goed functionerende markten, tot ordelijke en transparante marktprocessen en tot zorgvuldige behandeling van consumenten.

Bij de oprichting van de ACM is een groot aantal beleidsregels van haar rechtsvoorgangers overgegaan in beleidsregels van de ACM.[46] De ACM heeft op dit moment 35 verschillende vastgestelde beleidsregels. Soms wordt de term 'beleidsregel' gehanteerd, soms de term 'richtsnoer'.[47] De beleidsregels van de ACM verschillen onderling sterk van aard en inhoud. Vastgesteld kan worden dat voor alle domeinen waarop de ACM toezicht houdt er wel één of meer beleidsregels zijn aan te wijzen.
Met betrekking tot de uitoefening van het mededingingstoezicht is een aantal beleidsregels vastgesteld in verband met het beoordelen van concentraties. Andere beleidsregels gaan over de beoordeling van vormen van samenwerking tussen ondernemingen.
Voor de uitoefening van bevoegdheden ten behoeve van consumentenbescherming gelden momenteel twee beleidsregels. In deze beleidsregels geeft de ACM uitleg wanneer de opzegvergoeding die een consument verschuldigd is bij opzeg-

45 Gedoeld wordt op art. 4:81 lid 1 Awb.
46 In art. 42 lid 1 Instellingswet ACM is bepaald dat besluiten van de raad van bestuur van de NMA, het college voor de post- en telecommunicatiemarkt of de CA na inwerkingtreding van die wet worden aangemerkt als besluiten van de ACM. Bij separate besluiten is de naamswijziging doorgevoerd in ACM.
47 Opgemerkt wordt dat richtsnoeren materiële beleidsregels zijn in de zin van art. 4:81 lid 1 Awb.

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

ging van een energiecontract nog redelijk is en binnen welke termijn een eindafrekening verstuurd dient te worden.
Het merendeel van de beleidsregels gaat over de uitoefening van bevoegdheden door de ACM op de gereguleerde markten. Binnen dat domein heeft de ACM de meeste beleidsregels vastgesteld ter uitvoering van bevoegdheden op de telecommunicatiemarkt.[48] De meerderheid van deze beleidsregels gaat over het uitgiftebeleid en beheer van nummers.[49] Andere beleidsregels hebben betrekking op de informatieplicht voor aanbieders van openbare elektronische diensten en netwerken over internetveiligheid of de aanleg, instandhouding en opruiming van elektronische-communicatienetwerken. Beleidsregels binnen het domein energie gaan over het indienen van codevoorstellen, geschillen en ontheffingen.
Naast beleidsregels en richtsnoeren heeft de ACM werkwijzen opgesteld. Deze werkwijzen gelden ACM-breed. Zij hebben betrekking op de wijze waarop wordt omgegaan met het recht op de correspondentie tussen de advocaat en zijn cliënt, de wijze waarop wordt omgegaan met digitale gegevens die uit onderzoek zijn verkregen en welke mogelijkheden er zijn om informatie over mogelijke overtredingen anoniem onder de aandacht te brengen.[50]

Hoewel niet wettelijk vereist, betrekt de ACM bij het vaststellen van haar beleidsregels ook de zienswijze van marktorganisaties en anderen. De ACM vindt het belangrijk dat er in de sector draagvlak is voor haar beleidsregels, en dat deze ook uitvoerbaar zijn, om de effectiviteit van haar toezicht te vergroten. Ontwerpbeleidsregels worden in de regel gedurende een aantal weken geconsulteerd, waarbij in sommige gevallen de sector ook wordt uitgenodigd om mondeling te reageren. Soms worden daartoe 'rondetafelbijeenkomsten' georganiseerd. Naar aanleiding van de reacties die tijdens de consultatie zijn ingediend, kunnen ontwerpbeleidsregels worden aangepast. De ingebrachte zienswijzen worden evenals de definitief vastgestelde beleidsregels gepubliceerd.

Zoals opgemerkt in paragraaf 3 dient de ACM het ontwerp van alle beleidsregels – met uitzondering van beleidsregels waarop de Mw en de Whc van toepassing zijn – ter kennisneming toe te sturen aan een van beide ministers. Specifiek voor beleidsregels die de ACM vaststelt ter uitvoering van haar bevoegdheden op grond van de Mw en de Whc beschikt de minister van EZ over een afkeuringsrecht. Hij kan nog achteraf op grond van artikel 10 lid 1 Instellingswet ACM deze beleidsregels vernietigen wegens onbevoegdheid van de ACM. Derhalve kan worden vastgesteld dat de minister formeel betrokken is bij het vaststellen van beleidsregels door de ACM.
Ten aanzien van beleidsregels op het terrein van mededinging en consumentenbescherming gaat deze betrokkenheid veel verder dan bij het vaststellen van

48 Voor uitoefening van bevoegdheden op de gereguleerde markten heeft ACM 29 beleidsregels en richtsnoeren vastgesteld, waaronder 19 voor het domein telecommunicatie.
49 Bijv. de uitgifte van medianummers (nummers bestemd voor een hoog aantal oproepen in korte tijd) of korte informatienummers.
50 Zie ACM-werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, ACM-werkwijze digitaal onderzoek 2014 en de Werkwijze (anonieme) informanten.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

beleidsregels voor het sectorspecifieke toezicht door de ACM. Dit is logisch en verklaarbaar. Immers, voor het generieke toezicht op mededinging en consumentenbescherming gelden geen onafhankelijkheidseisen, zoals wel het geval is bij de uitvoering van het sectorspecifieke markttoezicht. Overigens merken wij op dat de onafhankelijkheid van de ACM ten opzichte van de minister zich niet uitsluitend laat vastleggen in wet- en regelgeving. De onafhankelijkheid van de ACM (inclusief haar apparaat) vloeit met name ook voort uit haar deskundigheid en expertise.

7.4 Handreikingen en visiedocumenten (position papers)
Naast het vaststellen van beleidsregels brengt de ACM ook handreikingen en visiedocumenten uit, die in juridische zin een lichtere status hebben dan regelgeving, marktanalysebesluiten en beleidsregels, omdat zij niet op een wet maar op de doelstelling van de ACM gebaseerd zijn. Met deze documenten beoogt de ACM op andere (informele) wijze haar wettelijke doelstelling en missie te bereiken. Net als bij beleidsregels tracht de ACM door het uitbrengen van handreikingen en visiedocumenten de effectiviteit van haar toezicht te vergroten. Bij het uitbrengen van deze documenten heeft de ACM meer ruimte om invulling te geven aan haar missie en toezichtvisie dan bij regelgeving en marktanalysebesluiten.

- *Handreikingen*

De ACM spoort in deze documenten bedrijven aan duidelijk te zijn over wat zij consumenten aanbieden, zodat zij geïnformeerde keuzes kunnen maken. De ACM brengt handreikingen uit om bedrijven en instellingen een overzicht te geven van regelgeving. Zij verschaft tevens duidelijkheid over haar handhavingsstrategie waarmee vrijwillige naleving van wet- en regelgeving wordt bevorderd, hetgeen de efficiency en effectiviteit van het toezicht ten goede komt. De ACM tracht hiermee in het bijzonder te bereiken dat er een goed functionerende markt ontstaat met duidelijke keuzemogelijkheden voor consumenten en een gelijkwaardig speelveld voor bedrijven met ruimte voor goed ondernemerschap en innovatie. De ACM wil uiteindelijk bereiken dat het gedrag van goed geïnformeerde consumenten kan leiden tot zelfcorrectie door de markt, waardoor handhavend optreden door de ACM minder nodig hoeft te zijn.
Een voorbeeld is het document 'Informatievoorziening op de consumentenmarkt voor energie'.[51] In dit document is een overzicht opgenomen van de wettelijke regels die gelden voor de informatieverstrekking bij het aanbieden en het leveren van energie en wat in de visie van de ACM de betekenis daarvan is, zodat duidelijk is waar aanbieders zich aan moeten houden. Transparantie is een wettelijk vereiste voor het gehele proces: van het aanbod tot en met de beëindiging van de overeenkomst. Om energieaanbieders een handreiking te bieden bevat het document een voorbeeld van concrete toepassing van een op wet- en regelgeving gebaseerde transparante handelwijze bij het doen van een aanbod voor energieleve-

51 Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13480/Informatievoorziening-op-de-consumenten markt-voor-energie/>.

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

ring in de vorm van een zogenaamd 'aanbod op maat'. Daarvan is sprake indien de energieaanbieder aan de consument een concreet aanbod doet dat op zijn persoonlijke situatie van toepassing is. Dat betekent dat de aanbieder in zijn aanbod rekening houdt met de persoonlijke uitgangssituatie van de desbetreffende consument.
Een ander voorbeeld van een handreiking is 'Aandachtspunten voor prijstransparantie in de reisbranche', waarin beschreven is wat de regels zijn en waaraan de aanbieder zich in de interpretatie daarvan van de ACM moet houden bij het aanbieden van (pakket)reizen.[52] Voor het vermelden van prijzen en aanbiedingen binnen de reisbranche gelden speciale regels (zoals de Wet oneerlijke handelspraktijken, de Luchtvaartverordening en de Reclamecode Reisaanbiedingen). Naar het oordeel van de ACM moeten prijzen op grond van de wet duidelijk en transparant worden vermeld, zodat een consument de prijzen van aanbieders goed met elkaar kan vergelijken. Deze regels gelden in ieder geval voor het aanbieden van pakketreizen, vliegtickets en accommodaties.
Ten slotte noemen wij 'Handreiking markt en overheid'. Het doel van dit document is het geven van duidelijkheid en het bieden van handvatten voor overheden die met de Wet markt en overheid te maken hebben.[53]

- *Visiedocumenten*

In visiedocumenten (*position papers*) worden belangrijke vraagstukken uit de toezichtvisie behandeld, zoals hoe de ACM omgaat met verschillende publieke belangen die in haar toezicht een rol spelen. De toezichtvisie van de ACM brengt tot uitdrukking hoe zij haar missie (het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten) uitvoert, om uiteindelijk de consumentenwelvaart te vergroten.
Een voorbeeld van een visiedocument is 'Beoordeling van mededingingsbeperkingen als gevolg van duurzaamheidinitiatieven in de praktijk'.[54] In dit document brengt de ACM tot uitdrukking hoe zij omgaat met verschillende publieke belangen. Duurzaamheid is een breed begrip. Er worden verschillende onderwerpen onder geschaard, zoals milieubescherming, volksgezondheid en 'fair trade'-producten. Ondernemingen bepalen zelf wat de beste manier is om duurzaamheiddoelstellingen te halen en of ze daarbij afspraken met andere ondernemingen willen maken. Als die afspraken de concurrentie raken, kan sprake zijn van een overtreding van het kartelverbod in de Mw. Ook duurzaamheidafspraken mogen – net als andere willekeurige afspraken – niet in strijd zijn met de mededingingsregels. Deze regels staan bepaalde vormen van samenwerking toe. Het visiedocument geeft vanuit de mededingingsregels op hoofdlijnen aan welke typen afspraken sneller op bezwaren stuiten en welke afspraken niet of minder snel. Het document bevat een overzicht van mededingingsbeperkingen die als gevolg van

52 Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11461/Aandachtspunten-voor-handhaving-van-prijstransparantie-in-de-reisbranche/>.
53 Zie <www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/oneerlijke-concurrentie-door-de-overheid/overheden-en-de-wet-markt-en-overheid/>.
54 Zie <www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/duurzaamheid-en-mededinging/duurzaamheid-en-de-mededingingswet/>.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

afspraken in verband met duurzaamheidinitiatieven voor kunnen komen. Aan de hand van concrete voorbeelden wordt geïllustreerd hoe de ACM deze afspraken beoordeelt. De ACM heeft op haar website (<www.acm.nl>) de Kennisbank Duurzaamheid geplaatst. Deze kennisbank biedt handvatten aan ondernemers die willen toetsen of een door hen beoogde samenwerking op het gebied van duurzaamheid is toegestaan onder de mededingingsregels. De ACM beoogt hiermee de effectiviteit van haar toezicht te vergroten.
Een ander voorbeeld van een visiedocument heeft ook betrekking op duurzaamheid. In het document 'Duurzaamheid in energietoezicht'[55] verschaft de ACM duidelijkheid over de ruimte die er is om duurzaamheidinitiatieven te ontplooien binnen de kaders van de energiewetgeving. Onder duurzaamheidinitiatieven verstaat de ACM: de opwekking van energie uit hernieuwbare bronnen (zoals zon en wind), energiebesparing, klimaatneutrale elektriciteit en het duurzaam verantwoord functioneren van de elektriciteits- en gasvoorziening. De ACM wil met haar energietoezicht graag duurzaamheidinitiatieven mogelijk maken. Zij vindt het als onderdeel van haar toezichtvisie belangrijk dat in elektriciteits- en gasnetten zodanig wordt geïnvesteerd dat daardoor de levering van een steeds groter aandeel duurzame energie mogelijk wordt.
Ten slotte noemen wij het document 'Uitwisselen van informatie voor afbouw van capaciteit in de langdurige zorg binnen de kaders van de Mededingingswet'.[56] Dit document is een leidraad bedoeld voor zorgkantoren, gemeenten en aanbieders van langdurige zorg of maatschappelijke ondersteuning. De betrokken partijen worden geconfronteerd met grote veranderingen in de wet- en regelgeving, in de zorgvraag en het zorgaanbod. In deze leidraad verduidelijkt de ACM waar partijen in de langdurige zorg bij het uitwisselen van informatie rekening mee moeten houden als zij gezamenlijk spreken over de huidige en toekomstige capaciteit voor langdurige zorg.

Voor het vaststellen van handreikingen en visiedocumenten hanteert de ACM dezelfde procedure als bij het vaststellen van beleidsregels, met dien verstande dat formele betrokkenheid (zowel vooraf als achteraf) van de minister niet aan de orde is. Toch wordt hij door de ACM wel eens betrokken bij de vaststelling van handreikingen en visiedocumenten. Zo is de minister van EZ bijvoorbeeld betrokken geweest bij de vaststelling van het visiedocument 'Duurzaamheid en mededinging'. Afstemming met de minister lag voor de hand omdat hij op dat moment ook bezig was met het opstellen van een beleidsregel voor de ACM.[57] Deze beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de ACM dient te betrekken bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod. Het visiedocument van de ACM en de beleidsregel van de minister zijn met elkaar in overeenstemming. In dit verband is niet onbelangrijk op te merken dat ook waar het gaat om duurzaamheid, de

55 Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12786/Visiedocument-duurzaamheid-in-energietoezicht/>.
56 Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13641/Leidraad-uitwisselen-informatie-langdurige-zorg/>.
57 Zie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid (*Stcrt*. 2014, 13375).

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

politiek graag beslissingen daaromtrent overlaat aan de sector en samenwerking tussen marktpartijen in dat verband aanmoedigt om het publieke belang van duurzaamheid te borgen. De ACM ziet erop toe dat eventuele duurzaamheidafspraken tussen marktpartijen passen binnen nationale en Europese wet- en regelgeving. Dat kan betekenen dat de afweging binnen het mededingingskader anders uitpakt dan politiek wenselijk.[58] Bij het afstemmen en vaststellen van de inhoud van beide documenten zochten de minister en de ACM naar een evenwichtige verdeling tussen de bevoegdheid van de minister om beleid te maken en de taak van de ACM om de mededingingsregels toe te passen.

7.5 Voorlichting

De ACM richt zich niet alleen tot bedrijven en instellingen, maar ook rechtstreeks tot consumenten. Binnen het kader van haar wettelijke taken geeft de ACM algemene voorlichting over de rechten en plichten van consumenten. Consumenten worden hierdoor weerbaarder en in staat gesteld om weloverwogen besluiten te nemen. De gedachte hierachter is dat weerbare en goed geïnformeerde consumenten ondernemers bij de les houden en op deze manier bij kunnen dragen aan het voorkomen van inbreuken op consumentenregels door ondernemers. De ACM geeft algemene voorlichting aan consumenten via het informatieloket ConsuWijzer en haar website (<www.acm.nl>). Gelet op het grote belang van voorlichting aan consumenten heeft de wetgever gemeend om deze taak van een wettelijke grondslag te voorzien.[59]

Neem bijvoorbeeld de energiemarkt. Consumenten krijgen te maken met complexe aanbiedingen, contracten en prijzen. Voor hen is het niet eenvoudig om een weg te vinden in deze markt. De uitdaging voor de ACM is om een manier te vinden waarbij consumenten daadwerkelijk keuzes kunnen maken, dat zij ook durven te kiezen en weten wat hun rechten zijn (de *empowering* van consumenten). Hier ligt de sleutel voor goed werkende markten.

Het werk van de ACM is belangrijk voor het vertrouwen van consumenten en bedrijven. Vertrouwen is bijvoorbeeld belangrijk bij het overstappen van energieleverancier. Om marktwerking in de energiesector te bevorderen is het van belang dat consumenten kunnen overstappen en dat ook makkelijk doen. De ACM constateerde eind 2013 dat consumenten zich nog onzeker voelden bij het overstappen van energieleverancier. Met behulp van kennis uit de gedragswetenschappen heeft de ACM kunnen achterhalen wat daarvan de oorzaken waren. De ACM startte vervolgens de campagne 'Niets doen kost je poen',[60] met als doel consumenten te prikkelen om hun contracten te checken en desgewenst over te stappen. Consumenten die overstappen omdat zij bij een andere leverancier goedkoper of beter uit zijn, prikkelen bedrijven om beter hun best te doen. Dit is weer in het voordeel van de consument. In de wet zijn geen procedurevoorschriften opgenomen wanneer de ACM voorlichting geeft. De minister heeft bij de voorlich-

58 Zie ook C.A. Fonteijn, 'Rugwind van de WRR, tegenwind verzekerd', *TvT* 2013, afl. 4, p. 23.

59 Art. 2 lid 3 Instellingswet ACM. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, 3, p. 41.

60 Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12274/ConsuWijzer-start-campagne-over-overstappen/>.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

tende taak van de ACM geen (formele) rol. De ACM voert deze taak zelfstandig en onafhankelijk van hem uit.

8. Slotopmerkingen

In dit artikel hebben wij een kijkje in de keuken van de ACM gegeven. Wij hebben beschreven op welke wijze de ACM invulling geeft aan haar wettelijke taken en bevoegdheden om regelgeving en beleid te maken. Wij hebben geconcludeerd dat het de ACM – gelet op haar onafhankelijke positie ten opzichte van de minister – vrijstaat om zelf te bepalen op welke wijze zij dat doet.
Wat betreft de verhouding tussen de minister en de ACM kan worden opgemerkt dat de minister van EZ verantwoordelijk is voor beleid ten aanzien van mededinging, consumentenbescherming en het sectorspecifieke toezicht op de energie-, telecommunicatie- en postsector. De minister van IenM is verantwoordelijk voor het beleid ten aanzien van de vervoersectoren. De ACM is belast met uitvoerende en toezichthoudende taken op genoemde terreinen. De rol van de minister daarbij verschilt per mogelijkheid voor de ACM om regels vast te stellen en beleid te maken. In het ene geval is zijn betrokkenheid groter dan in het andere geval, vanwege de strenge onafhankelijkheidseisen die voor de ACM gelden op basis van Europese richtlijnen op het terrein van energie, telecommunicatie en vervoer. De meest vergaande onafhankelijkheidseisen zijn opgenomen in de derde energierichtlijnen. Ten aanzien van de verhouding tussen de ACM en de formele wetgever kan worden vastgesteld dat in dat geval – gelet op de strenge onafhankelijkheidseisen – ook de derde energierichtlijnen een belangrijk kader zijn. Op basis van deze richtlijnen kan worden bepaald wat de reikwijdte van de bevoegdheid van de formele wetgever is om energiebeleid en regels vast te stellen voor het uitvoeren van reguleringstaken van de ACM op genoemd terrein. Op voorhand is niet altijd vast te stellen waar de bevoegdheid van de wetgever eindigt om energiebeleid te maken en waar de regulering door de ACM begint. De uiteinden zijn wel duidelijk, maar daartussen is sprake van een grijs gebied. Belangrijke constatering is dat de formele wetgever binnen de relevante Europese regels de bevoegdheid heeft om algemene kaders vast te stellen op het gebied van energiebeleid, ook al hebben deze kaders indirect effect op de tarieven die de ACM vaststelt. Deze bevoegdheid komt echter op gespannen voet te staan met het Europees recht indien de wetgeving verder gaat dan een algemeen kader.
Voor zover de ACM de wettelijke bevoegdheid heeft om regelgeving en marktanalysebesluiten vast te stellen, bakent de wetgever vrij nauwkeurig de bevoegdheid van de ACM af, welke procedure gevolgd moet worden en welke belangen door de ACM in de beoordeling moeten worden betrokken. De bevoegdheid van de ACM om regelgeving te maken beperkt zich tot drie voorbeelden uit de energiewetgeving. Twee van deze vormen van regelgeving (codes en methodebesluiten) zijn – in afwijking van de hoofdregel uit de Awb – direct appellabel, hetgeen weer tot interessante jurisprudentie leidt over de vraag wie belanghebbenden zijn. De bevoegdheid om marktanalysebesluiten vast te stellen volgt uit de TCOMW en de Postwet 2009. Hoewel in deze besluiten verplichtingen aan derden kunnen wor-

Dit artikel uit RegelMaat is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor de Rijksoverheid

den opgelegd (zoals telecombedrijven of postvervoerbedrijven), zijn deze niet aan te merken als regelgeving. Belanghebbenden hebben het recht om tegen marktanalysebesluiten in beroep te gaan. De minister is niet betrokken bij de vaststelling van regelgeving en marktanalysebesluiten. Hij is immers niet bevoegd om – gelet op Europese regelgeving – ex ante of ex post deze besluiten af te keuren dan wel te vernietigen. Vanwege de Europese onafhankelijkheidseisen zal de minister zich anderszins ook niet snel begeven op het pad van de ACM.
In de meeste gevallen maakt de ACM gebruik van haar wettelijke bevoegdheid om beleidsregels te maken. Zij kan in alle vrijheid bepalen of een beleidsregel wordt vastgesteld en waarover die moet gaan. De ACM kiest voor het vaststellen van een beleidsregel indien zij aan de buitenwereld kenbaar wil maken op welke wijze zij van haar bevoegdheden gebruik maakt en hoe zij de wettelijke normen interpreteert. Voor de buitenwereld is op die manier het handelen van de ACM voorspelbaar, hetgeen de effectiviteit van het toezicht door de ACM vergroot. De minister is betrokken indien de ACM beleidsregels vaststelt. Ten aanzien van beleidsregels op het terrein van mededinging en consumentenbescherming gaat deze betrokkenheid veel verder dan bij het vaststellen van beleidsregels voor het sectorspecifieke toezicht, gezien het feit dat deze beleidsregels door hem kunnen worden afgekeurd.
De ACM brengt handreikingen en visiedocumenten uit ter uitvoering van haar toezichttaak om uiting te geven aan haar missie (het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven, waarbij het vergroten van de consumentenwelvaart de belangrijkste drijfveer is) en haar toezichtvisie (hoe zij haar missie uitvoert).
Ten slotte heeft de ACM tot taak om voorlichting te geven aan consumenten en hen te wijzen op hun rechten en plichten. Deze taak heeft als doel om consumenten weerbaarder te maken, waardoor zij in staat worden gesteld weloverwogen besluiten te nemen. Ondernemers zullen hierdoor geneigd zijn om inbreuken op de consumentenregels te voorkomen. Bij het geven van voorlichting houdt de minister zich afzijdig. Samengevat merken wij op dat door de gevarieerdheid van de hiervoor vermelde mogelijkheden de ACM in staat is om effectief markttoezicht te houden.

RegelMaat 2015 (30) 3
doi: 10.5553/RM/0920055X2015030003004