

ECLI:NL:CBB:2002:AE8312

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	04-09-2002
Datum publicatie	03-10-2002
Zaaknummer	AWB 01/400
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	-
Wetsverwijzingen	Elektriciteitswet 1998 31 Elektriciteitswet 1998 33 Elektriciteitswet 1998 36
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2003, 10 met annotatie van I.C. van der Vlies

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

No. AWB 01/400 4 september 2002

18050 Elektriciteitswet 1998

Uitspraak in de zaak van:

Vereniging voor Energie, Milieu en Water, te Woerden, appellante,

gemachtigde: mr M.R. het Lam, advocaat te Den Haag,

tegen

de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie (tot 1 augustus 2000: de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet), te Den Haag, verweerder,

gemachtigden: mr G. de Goede en ir. A.W.R. Vrolijk.

1. De procedure

Op 18 mei 2001 heeft het College van appellante een beroepschrift ontvangen, waarbij beroep wordt ingesteld tegen een besluit van verweerder van 11 april 2001, kenmerk 100078/20.

Op 12 juni 2001 heeft appellante de gronden waarop het beroep berust bij het College ingediend.

Op 27 december 2001 is een verweerschrift ingediend.

Op 15 mei 2002 is een aantal nadere stukken van verweerder door het College ontvangen.

Op 12 juni 2002 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Partijen hebben hierbij, vertegenwoordigd door hun gemachtigden, hun standpunten toegelicht.

2. De grondslag van het geschil

2.1 De Elektriciteitswet 1998 (hierna ook: de Wet) luidde ten tijde van het bestreden besluit, voorzover hier van belang:

" Artikel 31

1. De gezamenlijke netbeheerders zenden aan de directeur van de dienst een voorstel voor de voorwaarden met betrekking tot:

a. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de netten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van transport van elektriciteit over het net,

b. de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het meten van gegevens betreffende het transport van elektriciteit en de uitwisseling van meetgegevens,

c. de wijze waarop de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet enerzijds en afnemers en de overige netbeheerders anderzijds zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van de systeemdiensten,

d. ()

e. ()

f. de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders moeten voldoen met betrekking tot hun dienstverlening, welke in ieder geval betrekking hebben op te hanteren technische specificaties, het verhelpen van storingen in het transport van elektriciteit, de klantenservice en het voorzien in compensatie bij ernstige storingen.

()

Artikel 33

1. De gezamenlijke netbeheerders voeren overleg met representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt over de voorstellen met betrekking tot de () voorwaarden, bedoeld in de artikelen () 31 ().

2. In de voorstellen die aan de directeur van de dienst worden gezonden, geven de gezamenlijke netbeheerders aan welke gevolgtrekkingen zij hebben verbonden aan de zienswijzen die de organisaties, bedoeld in het eerste lid, naar voren hebben gebracht.

Artikel 36

1. De directeur van de dienst stelt de tariefstructuren en voorwaarden vast ()."

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet van 3 juni 1999 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (Stb. 1999, 260) vermeldt met betrekking tot artikel 31 van de Wet (artikel 26 volgens het wetsvoorstel):

" Dit artikel geeft als het ware de inhoudsopgave van de «technische» voorwaarden voor de uitvoering van het netbeheer, die van belang zijn in de verhouding tussen netbeheerders en afnemers en netbeheerders onderling. Deze voorwaarden lijken enigszins op algemene voorwaarden in de zin van het Burgerlijk Wetboek waarnaar de netbeheerders verwijzen in hun overeenkomsten met afnemers. Het verschil is

evenwel dat de voorwaarden worden vastgesteld op een publiekrechtelijke grondslag en dat het de netbeheerders niet is toegestaan daarvan ten gunste of ten koste van afnemers af te wijken. Zij zijn immers op grond van de artikelen 23 en 24 van de wet verplicht deze voorwaarden te hanteren."

In de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet van 3 juni 1999 vermeldt de Minister van Economische Zaken met betrekking tot artikel 33 (in het voorstel artikel 26b):

" Onder overleg wordt verstaan dat de daarbij betrokken partijen op serieuze wijze trachten overeenstemming te bereiken over de inhoud van de voorstellen voor de tariefstructuren en de voorwaarden (artikel 26d) (). Hoewel het de voorkeur heeft als overeenstemming wordt bereikt, hebben de gezamenlijke netbeheerders onderscheidenlijk de directeur van de Dte de eindverantwoordelijkheid. Representatieve organisaties kunnen dus niet besluiten tegenhouden. Vanwege het informerende en adviserende karakter van het overleg moet dat plaatsvinden op het moment dat de netbeheerders of de directeur van de Dte een beeld hebben van de door hen vast te stellen voorstellen of besluiten, maar voordat zij een beslissing kunnen nemen. Het hangt van het geval af op welk moment overleg het best is.

()

De leden van de VVD-fractie vroegen om een toelichting op het niet van toepassing verklaren van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht en de positie van representatieve organisaties.

In dit verband wijs ik er op dat het overleg met de representatieve organisaties in een ander kader plaatsvindt dan de terinzagelegging en het ontvangen van commentaar waarop de openbare voorbereidingsprocedure ziet. De representatieve organisaties kunnen inspreken vóórdat de gezamenlijke netbeheerders een voorstel zenden aan de directeur van de Dte. Daarmee hebben zij in beginsel een betere positie om netbeheerders te overtuigen van hun opvattingen, die verwerkt kunnen worden in het voorstel, dan in de openbare voorbereidingsprocedure. Daar is namelijk al sprake van een aanvraag, of, zoals hier, een voorstel waarop belanghebbenden kunnen reageren voordat een besluit wordt genomen." (TK 1998-1999, 26303, nr. 7, blz. 39 en 40).

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Op 27 oktober 1998 heeft een overleg plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van appellante en vertegenwoordigers van de gezamenlijke netbeheerders (hierna ook: TRADIS) over het aan verweerder voor te leggen voorstel voor voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van de Wet (hierna ook: de Technische Voorwaarden). Blijkens het van dit overleg gemaakte verslag zijn van de kant van TRADIS onder meer presentaties gegeven over de Netcode, de Meetcode en de Systeemcode, zijn vragen en opmerkingen gemaakt van de zijde van appellante en is op de vragen en opmerkingen gereageerd van de kant van TRADIS.
- Op 27 november 1998 heeft een vervolgoverleg plaatsgevonden. Hierbij is dezelfde werkwijze gevolgd als op 27 oktober 1998. Bovendien is bij deze gelegenheid een schriftelijk commentaar door appellante overgelegd.
- Bij brief van 21 januari 1999 heeft TRADIS gereageerd op de het schriftelijke commentaar van appellante.
- Bij brief van 16 april 1999 heeft TRADIS het eindconcept van de Technische Voorwaarden aan appellante gestuurd en haar de gelegenheid geboden uiterlijk 7 mei 1999 nader commentaar te leveren.
- Bij brief van 4 juni 1999 heeft appellante nader commentaar op het eindconcept aan TRADIS gezonden.
- Bij brief van 5 juli 1999 heeft de directeur van EnergieNed, Federatie van Energiebedrijven in Nederland, te Arnhem, namens de gezamenlijke netbeheerders een voorstel als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van

de Wet aan verweerder gezonden.

- Op 7 juli 1999 heeft verweerder besloten toepassing te geven aan de procedure, neergelegd in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht.
- Bij brief van 18 augustus 1999 heeft appellante aan verweerder haar zienswijze met betrekking tot het voorstel van de netbeheerders toegezonden.
- Bij brief van 10 september 1999 heeft de directeur van EnergieNed namens de gezamenlijke netbeheerders een reactie op de ingediende zienswijzen aan verweerder gezonden.
- Bij schrijven van 6 oktober 1999 heeft verweerder de gezamenlijke netbeheerders verzocht het voorstel te wijzigen.
- Bij brief van 2 november 1999 hebben de gezamenlijke netbeheerders een aangepast voorstel aan verweerder toegezonden.
- Bij besluit van 12 november 1999, nr. 005, heeft verweerder in reactie op het voorstel een eerste gedeelte van de voorwaarden als bedoeld in artikel 36, eerste lid, van de Wet vastgesteld.
- Bij besluit van 12 april 2000, nr. 00-011, heeft verweerder - na notificatie bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen - in reactie op het voorstel een tweede gedeelte van de voorwaarden als bedoeld in artikel 36, eerste lid, van de Wet vastgesteld. De voorwaarden, zoals vastgesteld bij vermeld besluit, bestonden onder meer uit paragraaf 6.2 van de "Netcode", paragraaf 4.2 van de "Systeemcode" en paragraaf 4.3 van de "Meetcode".
- Paragraaf 6.2 van de Netcode, zoals vastgesteld bij het besluit van 12 april 2000 luidt:

" 6.2.1 In individuele gevallen waarin deze regeling tot kennelijk onaanvaardbare resultaten leidt, kan de netbeheerder besluiten om van een of meer bepalingen af te wijken.

6.2.2 Het in 6.2.1 genoemde besluit dient door de netbeheerder binnen 5 werkdagen gemeld te worden bij de directeur DTe onder overlegging van een schriftelijke verklaring van de noodzaak tot afwijking.

6.2.3 De Directeur van de Dienst kan met terugwerkende kracht de afwijking, volgens het in 6.2.1 genoemde besluit, teniet doen."

- Paragraaf 4.2 van de Systeemcode, zoals vastgesteld bij het besluit van 12 april 2000 luidt, voorzover hier van belang:

" 4.2.1 In individuele gevallen waarin deze regeling tot kennelijk onaanvaardbare resultaten leidt, kan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet besluiten om van een of meer bepalingen af te wijken.

4.2.2 Het in 4.2.1 genoemde besluit dient door de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet binnen 5 werkdagen gemeld te worden bij de directeur DTe onder overlegging van een schriftelijke verklaring van de noodzaak tot afwijking.

4.2.3 De Directeur van de Dienst kan met terugwerkende kracht de afwijking, volgens het in 4.2.1 genoemde besluit, teniet doen."

- Paragraaf 4.3 van de Meetcode zoals vastgesteld bij het besluit van 12 april 2000 luidt:

" 4.3.1 In individuele gevallen waarin deze regeling tot kennelijk onaanvaardbare resultaten leidt, kan de netbeheerder besluiten om van een of meer bepalingen af te wijken.

4.3.2 Het in 4.3.1 genoemde besluit dient door de netbeheerder binnen 5 werkdagen gemeld te worden bij de directeur DTe onder overlegging van een schriftelijke verklaring van de noodzaak tot afwijking.

4.3.3 De Directeur van de Dienst kan met terugwerkende kracht de afwijking, volgens het in 4.3.1 genoemde besluit, teniet doen."

- Bij brief van 18 mei 2000 heeft appellante bezwaar gemaakt tegen het besluit van 12 april 2000.
- Bij brief van 7 juli 2000 heeft appellante de gronden van haar bezwaar bij verweerder ingediend.
- Op 24 oktober 2000 is het bezwaar namens appellante toegelicht op een hoorzitting.
- Vervolgens heeft verweerder het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en het standpunt van verweerder

Bij zijn besluit van 11 april 2001 heeft verweerder een beslissing genomen op de bezwaren die door verschillende organisaties en bedrijven zijn gemaakt tegen onderdelen van zijn besluit van 12 april 2000. Deze bezwaren zijn gedeeltelijk ongegrond verklaard. Voorzover hier van belang houdt het besluit van 11 april 2001 het volgende in:

" 24. De Minister van Economische Zaken heeft in het wetgevingsoverleg aangegeven dat in het systeem van de wet in de eerste plaats de netbeheerders zelf samen met de representatieve organisaties een eigen verantwoordelijkheid hebben. Indien nodig, kan de DTe ter zake ook nog optreden door de netbeheerders opdracht te geven alsnog bepaalde organisaties te horen of door zelf organisaties te consulteren. De DTe kan daarbij conform de Awb kiezen voor een openbare voorbereidingsprocedure.

25. Uit de door de gezamenlijke netbeheerders bij het voorstel gevoegde stukken blijkt, dat VEMW bij het overleg met de netbeheerders is betrokken. VEMW heeft de gelegenheid gehad zijn mening over de voorgenoemde voorstellen naar voren te brengen. Dat VEMW achteraf eventueel van oordeel is dat onvoldoende recht is gedaan aan de door hem ingebrachte commentaren doet daaraan niet af. Het desbetreffende wetsartikel spreekt van "overleg met". Dit betekent niet dat overeenstemming over de voorstellen is vereist. Het ontbreken van overeenstemming over de inhoud van het voorstel kan geen reden zijn te concluderen dat de procedure tot vaststelling van de technische codes ex artikel 33 E-wet door de gezamenlijke netbeheerders niet is nageleefd. Overigens heeft de directeur DTe bij de voorbereiding van het vaststellingsbesluit belanghebbenden door middel van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb in de gelegenheid gesteld hun zienswijze naar voren te brengen. Ook VEMW heeft hier gebruik van gemaakt en is dus nogmaals in de gelegenheid gesteld zijn mening over de voorstellen naar voren te brengen. Het bezwaar van VEMW is op dit punt ongegrond.

()

224. Een netbeheerder is geen orgaan krachtens publiekrecht ingesteld, maar een privaatrechtelijke rechtspersoon die niet tot de overheid gerekend kan worden. Dit volgt uit artikel 10 lid 2 en 3 van de E-wet. Een netbeheerder zou derhalve slechts als bestuursorgaan aangemerkt kunnen worden indien hij met enig openbaar gezag is bekleed. Dit laatste is het geval indien aan de netbeheerder een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. Een netbeheerder zou als bestuursorgaan aan te merken zijn in die gevallen waarin zij haar publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent.

225. In artikel 16 van de E-wet 98 is geregeld welke taken de netbeheerder dient uit te voeren en welke verplichtingen daarbij op hem rusten. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn een netbeheerder daarbij niet toegekend. Die komen op grond van artikel 6 lid 1 E-wet slechts toe aan de directeur DTe. Artikel 10:15 Awb bepaalt dat delegatie van bevoegdheden slechts mogelijk is als daar in de wet in is voorzien. Uit de E-wet blijkt niet dat de directeur DTe zijn publiekrechtelijke bevoegdheden kan overdragen aan een ander. De bestreden bepalingen in de technische codes, waarin het de netbeheerder wordt mogelijk gemaakt om in individuele gevallen van een of meer bepalingen van de codes af te wijken, kunnen derhalve niet zodanig geïnterpreteerd worden dat aan de netbeheerder een publiekrechtelijke bevoegdheid is

overgedragen. De bestreden bepalingen strekken niet verder dan het bieden van een instrument voor de netbeheerder om aan zijn wettelijke taken, voortvloeiend uit artikel 16 lid 1 E-wet, te kunnen voldoen.

226. Het is immers de netbeheerder die in de praktijk de individuele gevallen kan signaleren waarin de technische voorwaarden tot kennelijk onaanvaardbare resultaten leiden. Uit praktische overwegingen moet het derhalve aan de netbeheerder overgelaten worden te bezien of afwijking van de technische voorwaarden nodig is in bepaalde uitzonderlijke gevallen. Het is aan de directeur DTe om na de melding van de netbeheerder dat hij is afgeweken van een bepaling in de technische voorwaarden te oordelen of de afwijking noodzakelijk was onder deze omstandigheden.

227. De directeur DTe merkt nog op dat in de bestreden bepalingen met de term 'besluit' niet wordt bedoeld besluit in de zin van de Awb.

228. Uit bovenstaande volgt dat de netbeheerder geen bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb. Daardoor staat artikel 10:34 Awb niet in de weg om in de technische voorwaarden te bepalen dat de directeur DTe beslissingen van de netbeheerder teniet kan doen. De directeur DTe oordeelt dat het bezwaar van VEMW niet terecht is. Gelet op het bovenstaande wordt het bezwaar van VEMW derhalve ongegrond verklaard."

In het verweerschrift heeft verweerder, voorzover hier van belang, vermeld:

" 25. Allereerst zijn er vijf bijeenkomsten geweest waarbij concept-voorstellen voor de technische codes zijn gepresenteerd en waarbij de representatieve organisaties de gelegenheid is geboden commentaar te leveren op die concept-voorstellen ().

26. Blijkens de verslagen van deze bijeenkomsten hebben de aanwezige representatieve organisaties tijdens deze bijeenkomsten de gelegenheid gehad en genomen om hun zienswijzen naar voren te brengen. Ook is door verschillende partijen waaronder VEMW van de geboden gelegenheid gebruikt gemaakt om schriftelijke zienswijzen naar voren te brengen.

27. De directeur DTe heeft dan ook terecht gemeend dat de gezamenlijke netbeheerders de betrokken organisaties voldoende gelegenheid hebben geboden kennis te nemen van en commentaar te leveren op de diverse voorstellen. Het plaatsgevonden overleg voldoet naar het oordeel van de directeur DTe aan de eisen van artikel 33 E-wet'98. Dat wil zeggen dat het overleg van voldoende kwaliteit was en dat de representatieve organisaties voldoende mogelijkheden hebben gehad om hun zienswijze naar voren te brengen.

28. () Indien partijen van mening waren dat het overleg tussen de gezamenlijke netbeheerders en de representatieve organisaties onvoldoende overeenkomstig hun wensen en verwachtingen werd vormgegeven, had het op hun weg gelegen bij de gezamenlijke netbeheerders aan te dringen op een wijziging daarvan. VEMW heeft dat niet gedaan, en heeft ook niet tussentijds signalen aan bijvoorbeeld de directeur DTe afgegeven dat haar inbreng onvoldoende tot zijn recht kwam.

29. Uit de verslagen van het door de gezamenlijke netbeheerders met de representatieve organisaties gevoerde overleg is niet gebleken dat onvoldoende aandacht is besteed aan hetgeen door de diverse betrokkenen naar voren is gebracht. ()

30. De directeur DTe heeft vervolgens ambtshalve toepassing gegeven aan afdeling 3.4 Awb (). Daarbij worden belanghebbenden conform artikel 3:13 Awb in de gelegenheid gesteld hun zienswijze ten aanzien van het door de netbeheerders ingediende voorstel kenbaar te maken en daarover te worden gehoord. () De directeur DTe is van mening dat op deze wijze bijgedragen wordt aan een transparante en zorgvuldigere besluitvorming van grote, veel belangen rakende besluiten als de onderhavige. Ook VEMW heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt, waardoor VEMW twee keer in de gelegenheid is geweest om te reageren op het voorstel voor de technische voorwaarden. De directeur DTe heeft de opmerkingen die

tijdens de openbare voorbereidings-procedure naar voren werden gebracht betrokken bij zijn beslissing omtrent de vaststelling van de technische voorwaarden. ()

38. Aan de netbeheerder zijn op grond van onder andere artikel 16 E-wet'98 bij uitsluiting specifieke taken opgedragen, en zijn aan de positie en organisatie specifieke eisen gesteld. Deze eisen beperken de bevoegdheden van de netbeheerders onder andere met het oog op de belangen van de afnemers. Het transport van elektriciteit, het aanleggen van netten en het verzorgen van aansluitingen zijn geen overheidstaken. In tegendeel zelfs, het gaat daarbij om privaatrechtelijke handelingen door een privaatrechtelijke rechtspersoon die daarmee waarmee winst kan en mag behalen.

39. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn uitsluitend aan de directeur DTe toegekend. Alleen van enkele taken van de landelijk netbeheerder is onderkend dat deze in uitzonderlijke gevallen publiekrechtelijk van aard kunnen zijn. Andere marktdeelnemers hebben geen publiekrechtelijke bevoegdheden gekregen.

40. In de codes wordt vervolgens bepaald dat de netbeheerder in bijzondere gevallen wel zijn gebruikelijke privaatrechtelijke bevoegdheden mag uitoefenen in afwijking van de codes, maar dat de directeur DTe een en ander wil controleren uit hoofde van zijn algemene toezichtstaak en deze afwijkingen teniet kan doen. De directeur DTe schept daarmee niet een overheidstaak, en geeft geen bevoegdheden aan een bestuursorgaan.

41. Afdeling 10.2.2 Awb is geschreven voor het toezicht dat het ene bestuursorgaan op het andere uitoefent. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake omdat er toezicht wordt uitgeoefend op privaatrechtelijke rechtspersonen die geen overheidstaak uitoefenen. ()

42. Dat de directeur DTe eventuele afwijkingen door de netbeheerders van de codes teniet kan doen, is inherent aan zijn wettelijke taak, en vloeit reeds voort uit zijn bevoegdheden aangaande de netbeheerders. Met deze bepaling in de codes wordt derhalve geen nieuwe publiekrechtelijke bevoegdheid voor de netbeheerders geschapen ()."

4. Het standpunt van appellante

Appellante heeft ter ondersteuning van het beroep, samenvattend weergegeven, het volgende tegen het bestreden besluit aangevoerd.

4.1 Verweerder geeft een onjuiste uitleg aan artikel 33 van de Wet. Het enkele bieden van gelegenheid tot het kenbaar maken van een zienswijze, al dan niet met inbegrip van de mogelijkheid tot het maken van opmerkingen en het stellen van vragen, is niet gelijk te stellen met "overleg" in de zin van deze bepaling. Immers, in dat geval ontbreekt een gemeente inzet van netbeheerders om met representatieve organisaties tot overeen-stemming te komen over de inhoud van de voorwaarden. In dit verband verwijst appellante naar de eerste volzin van de onder 2.1 van deze uitspraak geciteerde passage betreffende artikel 33 uit de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet van 3 juni 1999.

Doordat de overlegverplichting van artikel 33 van de Wet niet is nageleefd, is representatieve organisaties feitelijk elke mogelijkheid tot het uitoefenen van invloed op de inhoud van de voorwaarden onthouden.

Het volgen van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb kan het gebrek aan overleg niet compenseren. Het overleg, bedoeld in artikel 33 van de Wet en de inspraak in het kader van afdeling 3.4 van de Awb hebben niet hetzelfde karakter. Vroegtijdig overleg tussen representatieve organisaties en netbeheerders over ontwerp-voorwaarden biedt beduidend meer mogelijkheden tot het uitoefenen van invloed op de inhoud van de door de netbeheerders bij verweerder voor te stellen voorwaarden dan inspraak op grond van vermelde afdeling van de Awb. Appellante verwijst in dit verband naar de tweede alinea van de onder 2.1 van deze uitspraak geciteerde passage uit eerderevermelde Nota naar aanleiding van het verslag.

4.2 De regeling die is neergelegd in paragraaf 6.2 van de Netcode, paragraaf 4.2 van de Systeemcode en paragraaf 4.3 van de Meetcode, welke regeling voorziet in de bevoegdheid van verweerder om besluiten van de netbeheerder te vernietigen, is strijdig met artikel 10:34 Awb, nu deze bevoegdheid niet bij formele

wet is toegekend. De netbeheerders zijn immers, voorzover zij gebruik maken van de aan hen in vermelde paragrafen toegekende bevoegdheid af te wijken van de technische voorwaarden, aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Beslissingen, genomen op grond van deze bevoegdheid, zijn besluiten als bedoeld in artikel 1:3 Awb.

Ter zitting heeft appellante hieraan toegevoegd dat de in de drie vermelde paragrafen voorziene bevoegdheid voor netbeheerders om af te wijken van de voor alle afnemers bindende voorschriften en aldus eenzijdig de rechten en verplichtingen van afnemers te wijzigen, haar grondslag niet vindt in het privaatrecht. Slechts op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid kan een netbeheerder de bevoegdheid toekomen af te wijken van de bindende voorwaarden.

4.3 De wetgever heeft uitsluitend bevoegdheden toegekend aan verweerder en voorziet niet in de mogelijkheid van delegatie van bevoegdheden door verweerder aan netbeheerders. De toekenning van de bevoegdheid af te wijken van de Codes betreft derhalve een door de wetgever niet toegestane delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheid. Uit artikel 10:15 Awb, gelezen in samenhang met de artikelen 5, derde lid, en 36 van de Wet, vloeit voort dat de bepalingen die voorzien in de mogelijkheid dat netbeheerders afwijken van de Codes onverbindend moeten worden verklaard.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 De eerste vraag is of verweerder bij het nemen van zijn besluit had moeten vaststellen dat geen sprake is geweest van een overleg als bedoeld in artikel 33, eerste lid, van de Wet, en of hij diensgevolge het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders niet had mogen volgen.

Dienaangaande overweegt het College dat artikel 33 van de Wet geen voorschriften bevat omtrent de eisen waaraan het overleg moet voldoen. Appellante verwijst voor een uitleg van de bepaling naar een bepaald gedeelte van de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet van 3 juni 1999. In rubriek 2.1 van deze uitspraak is dit gedeelte alsmede het directe vervolg hierop weergegeven. Uit deze passage in haar geheel blijkt waarop de Minister van Economische Zaken met de term "overleg" doelt.

Uit de gedingstukken valt op te maken welke vorm en inhoud de gezamenlijke netbeheerders in hun relatie met appellante aan het voorgeschreven overleg hebben gegeven. Het College vindt hierin geen aanleiding te oordelen dat de netbeheerders hetgeen appellante naar voren bracht niet serieus zouden hebben genomen dan wel dat zij onvoldoende gericht waren op het bereiken van overeenstemming met haar. Dit brengt mee dat, ook in de zin van bedoelde passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag, sprake was van overleg als bedoeld in artikel 33 van de Wet.

Hierbij heeft het College mede van belang geacht dat de minister er in de Nota naar aanleiding van het verslag van uitgaat dat het overleg plaatsvindt nadat de netbeheerders een beeld hebben van de vast te stellen voorwaarden. Hiermee is in overeenstemming dat, zoals is geschied, het overleg wordt gevoerd aan de hand van de presentatie van een concept door de netbeheerders.

Gelet op het vorenstaande kan niet met vrucht worden gesteld dat de wijze waarop de netbeheerders aan het voorgeschreven overleg vorm en inhoud hebben gegeven zodanig beperkt is geweest, dat verweerder om deze reden niet met het voorstel had mogen instemmen. Dit geldt temeer nu toepassing van afdeling 3.4 van de Awb ertoe heeft geleid dat appellante opmerkingen heeft gemaakt naar aanleiding van het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders en dat de netbeheerders vervolgens - in de brief van de directeur van EnergieNed van 10 september 1999 - gedetailleerd per opmerking hebben gereageerd. Aldus is een aanvullende gelegenheid tot inspraak aan appellante geboden, waaraan - ook blijkens het te volgen verzoek door verweerder aan de netbeheerders tot aanpassing van het voorstel - in ieder geval zekere betekenis toekwam.

De onder 4.1 van deze uitspraak weergegeven grief van appellante faalt dus.

5.2 Met betrekking tot de onder 4.3 weergegeven grief van appellante overweegt het College als volgt.

Ingevolge artikel 31, eerste lid, aanhef en onderdelen a, b, c en f, van de Wet hebben de voorwaarden die door de netbeheerders worden voorgesteld betrekking op de wijze waarop netbeheerders en afnemers zich dienen te gedragen. Gegeven de samenhang van deze bepaling met artikel 36 van de Wet geldt dit ook

met betrekking tot de door verweerder vast te stellen voorwaarden zelf. Door in de aanhef te spreken van "de" voorwaarden gaat de redactie van artikel 31, eerste lid, ervan uit dat het uiteindelijk vast te stellen besluit uitputtend de voorwaarden weergeeft met betrekking tot de wijze waarop netbeheerders en afnemers zich - binnen de door de onderdelen a, b en c van het eerste lid bestreken

terreinen - hebben te gedragen en met betrekking tot de kwaliteitscriteria waaraan netbeheerders - binnen het door onderdeel f bestreken terrein - moeten voldoen. Aldus strekken de voorwaarden ertoe onder meer aan afnemers zekerheid te verschaffen omtrent enerzijds de verplichtingen die netbeheerders jegens hen hebben en anderzijds de verplichtingen die zij zelf jegens netbeheerders hebben. De artikelen 6.2.1 van de Netcode, 4.2.1 van de Systeemcode en 4.3.1 van de Meetcode nemen deze zekerheid evenwel weg, aangezien zij de netbeheerders c.q. de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet de bevoegdheid geven om eenzijdig af te wijken van alle bepalingen van de desbetreffende codes. Naar het oordeel van het College is de toekenning van een dergelijke vergaande bevoegdheid aan de netbeheerders in strijd met de in artikel 36 van de Wet, zonder voorbehoud, aan verweerder gegeven opdracht om de voorwaarden die de in artikel 31, eerste lid, bedoelde relaties tussen een netbeheerder en een derde beheersen, vast te stellen. Steun voor deze opvatting vindt het College in de onder 2.1 van deze uitspraak geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting, waarin is aangegeven dat het netbeheerders niet is toegestaan ten gunste of ten koste van afnemers van de voorwaarden af te wijken.

Het feit dat een afwijking van de codes slechts is toegestaan indien de regeling tot "kennelijk onaanvaardbare resultaten" leidt, maakt het voorgaande niet anders. Deze clausulering biedt immers onvoldoende zekerheid omtrent de situaties waarin de netbeheerder gerechtigd c.q. gehouden is tot gebruik van zijn bevoegdheid tot afwijken. In dit verband overweegt het College dat een beperking tot situaties waarin een netbeheerder ten behoeve van afnemers afwijkt, die verweerder ter zitting aanbracht, in ieder geval in de tekst van de litigieuze bepalingen niet tot uitdrukking komt.

De in de artikelen 6.2.2 en 6.2.3 van de Netcode, 4.2.2. en 4.2.3 van de Systeemcode en 4.3.2. en 4.3.3 van de Meetcode voorziene procedure, die na afwijking melding aan verweerder voorschrijft en voorziet in de mogelijkheid dat verweerder vervolgens de afwijking teniet doet, bieden weliswaar een instrument aan verweerder om hem onwettig gebruik van de afwijkingsbevoegdheid in zekere zin tegen te gaan, doch doet - wat er verder zij van de juridische geoorloofdheid van de voorschriften - in wezen aan het vorenstaande niet af. Bovendien kan met bedoelde bepalingen niet worden gewaarborgd dat in gevallen waarin afwijking op zijn plaats zou zijn, maar de netbeheerder hiertoe niet overgaat, hij hiertoe gedwongen kan worden. In zoverre kan de voorziene bevoegdheid van verweerder slechts in beperkte mate eenheid bij de toepassing van de afwijkingsbevoegdheid afdwingen.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de artikelen 6.2.1 van de Netcode, 4.2.1 van de Systeemcode en 4.3.1 van de Meetcode in strijd zijn met artikel 31 in samenhang met artikel 36 van de Wet. Het bestreden besluit dient derhalve, voorzover dit strekt tot handhaving van deze bepalingen, te worden vernietigd. Dit geldt ook voorzover bij dit besluit de met vermelde bepalingen onlosmakelijk samenhangende artikelen 6.2.2 en 6.2.3 van de Netcode, 4.2.2. en 4.2.3 van de Systeemcode en 4.3.2. en 4.3.3 van de Meetcode zijn gehandhaafd.

5.3 Gelet op evenbedoelde strijdigheid met de Wet, behoeft hetgeen appellante heeft aangevoerd met betrekking tot door haar veronderstelde verboden delegatie geen beoordeling. Hetzelfde geldt ten aanzien van de onder 4.2 weergegeven grief.

5.4 Gelet op het vorenoverwogene dient het beroep gegrond te worden verklaard en dient het bestreden besluit te worden vernietigd, voorzover dit strekt tot handhaving van de paragrafen 6.2 van de Netcode, de artikelen 4.2.1, 4.2.2 en 4.2.3 van de Systeemcode en paragraaf 4.3 van de Meetcode. Verweerder zal ter uitvoering van deze uitspraak opnieuw op het bezwaar van appellante dienen te beslissen.

Het College acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6. De beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit, voorzover dit strekt tot handhaving van paragraaf 6.2 van de Netcode, de artikelen 4.2.1, 4.2.2 en 4.2.3 van de Systeemcode en paragraaf 4.3 van de Meetcode;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van appellante tot een bedrag van 644,--, onder aanwijzing van de Staat als rechtspersoon die deze kosten aan appellante dient te vergoeden;
- bepaalt dat de Staat aan appellante het griffierecht ten bedrage van 204,20 vergoedt.

Aldus gewezen door mr D. Roemers, mr C.J. Borman en mr W.E. Doolaard, in tegenwoordigheid van mr L. van Duuren, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 4 september 2002.

w.g. D. Roemers w.g. L. van Duuren