

## Is het toezicht op de drinkwatersector in Nederland goed geregeld?

Lavrijssen, Saskia; Vitez, Blanka

*Published in:*  
Tijdschrift voor consumentenrecht

*Document version:*  
Early version, also known as pre-print

*Publication date:*  
2015

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Lavrijssen, S., & Vitez, B. (2015). Is het toezicht op de drinkwatersector in Nederland goed geregeld? *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 2015(4), 181-194.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Is het toezicht op de drinkwatersector in Nederland goed geregeld?<sup>1</sup>

In maart 2014 heeft de OESO een rapport gepubliceerd waarin wordt geconcludeerd dat Nederland een 'excellent track record on water management in several areas' heeft. Zo haalt de OESO bijvoorbeeld aan dat Nederland – ondanks dat 55% van het Nederlands grondgebied onder zeeniveau ligt – een sterke economie en een robuuste waterindustrie heeft. Maar, het rapport wijst er ook op dat water governance in Nederland gebaseerd is op 'a system of many checks and balances (...) [and] that system presents some limitations'. Als aanvulling op deze conclusie van de OESO, preciseert dit artikel in hoeverre het huidige economisch toezicht op de drinkwatersector in overeenstemming is met de beginselen van goed toezicht. Daartoe ontwikkelt het artikel een normatief kader voor de beoordeling of de huidige organisatie van het economisch toezicht adequaat is. Er wordt bekeken hoe vijf beginselen van goed toezicht worden nageleefd door het economisch toezicht op de drinkwatersector.

Geconcludeerd wordt dat het wettelijke kader inzake het economische toezicht op de Nederlandse drinkwatersector verscheidene zwakke plekken vertoont in het licht van de beginselen van goed toezicht. Deze beginselen moeten beter worden nageleefd, daar de belangen van de drinkwaterconsument op het spel staan. Het artikel sluit af met enkele aanbevelingen ter verhoging van de kwaliteit van het economisch toezicht op de Nederlandse drinkwatersector en ter verbetering van de positie van de drinkwaterconsument.

## 1. Inleiding

In het rapport *Water Governance in the Netherlands: Fit for the Future?*, onderzoekt de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) het governance-systeem van de Nederlandse watersector. De OESO geeft aan dat Nederland een 'excellent track record on water management in several areas' heeft.<sup>2</sup> Zo haalt de OESO bijvoorbeeld het feit aan dat Nederland – ondanks dat 55% van het Nederlands grondgebied onder zeeniveau ligt – een sterke economie en een robuuste waterindustrie heeft.<sup>3</sup> Maar, de OESO komt ook tot de conclusie dat water governance in Nederland gebaseerd is op een systeem van 'checks and balances' dat een aantal beperkingen kent.<sup>4</sup> De OESO geeft onder meer aan dat deze beperkingen bestaan uit de afwezigheid van onafhankelijk toezicht en onvoldoende openbaarheid van de kosten van drinkwaterbedrijven.<sup>5</sup> De OESO overweegt dat 'the absolute lack of a third-party institution or independent mechanism for monitoring of overall performance and compliance' een 'striking fact of the Dutch regulatory model' is.<sup>6</sup> Ook de bevinding van de Inspectie Leefomgeving en Transport dat de Nederlandse drinkwaterbedrijven niet voldoende inzicht geven in de totstandkoming van het drinkwatertarief van 2012, geeft reden tot zorg.<sup>7</sup>

Deze bevindingen geven aan dat de huidige organisatie van het toezicht op de drinkwatersector wellicht verbetering behoeft om te waarborgen dat drinkwaterconsumenten toegang hebben tot billijk geprijsd drinkwater van een goede kwaliteit. Op deze grond wordt in dit artikel nader onderzocht of de huidige organisatie van het economisch toezicht op de drinkwatersector adequaat is en, indien nodig, hoe het toezicht kan worden verbeterd ter bescherming van belangen van de drinkwaterconsument. Om tot bruikbare aanbevelingen te komen, zal eerst de Nederlandse drinkwatersector worden beschreven en de publieke belangen die moeten worden geborgd door het wettelijke kader. Daarna zal de focus van dit artikel liggen op vijf beginselen van goed toezicht. Deze beginselen vormen een normatief kader, afgeleid van Europese jurisprudentie en wetgeving, voor de beoordeling van de huidige organisatie van het economisch toezicht<sup>8</sup> op de drinkwatersector. De naleving van deze beginselen is van belang om de consument te beschermen tegen de macht van de drinkwaterbedrijven, omdat zij een monopolie hebben om bepaalde gebieden met drinkwater te beleveren. Het artikel eindigt met een aantal aanbevelingen om het toezicht op de Nederlandse drinkwatersector te verbeteren.

\* Hoogleraar Economic Regulation and Market Governance of Network Industries aan Tilburg University en verbonden aan het Tilburg Law and Economics Centre van Tilburg University

\*\* Blanka was tijdens het schrijven van dit artikel onderzoeksassistent en verbonden aan TILEC

1. Dit artikel is gebaseerd op een onderzoeksstage die Blanka Vitez onder toezicht van Saskia Lavrijssen bij de Vereniging voor Energie Milieu en Water heeft uitgevoerd.

2. OESO, *Water Governance in the Netherlands: Fit for the Future?*, 2014, p. 17.

3. Ibid.

4. Ibid.

5. Ibid.

6. Ibid., p. 257.

7. Inspectie, *Toezicht Drinkwatertarieven – Beoordeling tarieven 2012*.

8. Onderwerp van dit artikel is het economisch toezicht op de drinkwatersector. Met economisch toezicht wordt gerefereerd aan 'alle activiteiten van de toezichthouder die zijn gericht op het voorkomen of oplossen van marktfalen' in de drinkwatersector; zie M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 22.

## 2. De te borgen publieke belangen

De Nederlandse drinkwatersector is zo ingericht dat diverse publieke belangen worden gewaarborgd. Volgens de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), is een publiek belang 'een maatschappelijk belang dat onvoldoende dreigt te worden behartigd wanneer de overheid zich dat belang niet aantrekt'.<sup>9</sup> Het economisch toezicht in de drinkwatersector is primair gericht op de waarborging van universele dienstverlening ten behoeve van de drinkwaterconsumenten.<sup>10</sup> De term 'universele dienst' geeft aan dat iedere consument die toegang tot drinkwater wil, dit moet verkrijgen tegen een redelijke vergoeding.<sup>11</sup> Een universele-dienst-verplichting omvat vaak een verplichting tot leveringszekerheid, wat ook een publiek belang is dat moet worden gewaarborgd in de drinkwatersector.<sup>12</sup> Daarnaast moeten gebonden consumenten worden beschermd<sup>13</sup> tegen eventuele nadelen van het gebrek aan concurrentie tussen de drinkwaterbedrijven, zoals het risico op te hoge waterprijzen. Voorts is het onoverkomelijk dat milieu- en volksgezondheidsoverwegingen tot op zekere hoogte worden meegenomen in het economisch toezicht in de drinkwatersector. Als dit niet het geval is, kan het economisch toezicht immers conflicteren met bestaande wetgeving op het gebied van volksgezondheid en milieu.<sup>14</sup> De volgende paragraaf schetst hoe het huidige economische toezicht deze publieke belangen beoogt te waarborgen.

## 3. Karakteristieken van de Nederlandse drinkwatersector

Tien drinkwaterbedrijven zijn verantwoordelijk voor het leveren van drinkwater aan alle drinkwaterconsumenten in Nederland. Alleen deze drinkwaterbedrijven mogen drinkwater produceren en leveren, en elk drinkwaterbedrijf opereert binnen een eigen distributiegebied, aangewezen door de Minister van Infrastructuur en Milieu (hierna: Minister van IenM).<sup>15</sup> De drinkwaterbedrijven

moeten een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn of onmiddellijk dan wel middellijk worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen.<sup>16</sup> Dit houdt in dat drinkwaterlevering door publieke monopolies wordt verzorgd in exclusieve distributiegebieden.<sup>17</sup>

De Drinkwaterwet verplicht drinkwaterbedrijven een drinkwatertarief te hanteren dat kostendekkend, transparant en niet-discriminerend is.<sup>18</sup> Kosten die worden gemaakt ter uitoefening van de aan de drinkwaterbedrijven opgedragen taken, mogen worden doorberekend aan drinkwaterconsumenten.<sup>19</sup> Ook de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet (WACC) en het maximaal toegestane aandeel van het eigen vermogen in het totale vermogen – beide vastgesteld door de Minister van IenM – worden doorberekend.<sup>20</sup> Drinkwaterbedrijven moeten in hun begroting aangeven hoe de kosten in het tarief zijn verwerkt.<sup>21</sup>

De Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: Inspectie) – onderdeel van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu – ziet erop toe dat de Drinkwaterwet wordt nageleefd.<sup>22</sup> Voor het toezicht op de naleving van de financiële verplichtingen opgelegd door de wet, zijn twee aspecten van de Drinkwaterwet van belang: het financieel toezicht<sup>23</sup> en de prestatievergelijking (benchmark).<sup>24</sup>

Financieel toezicht vindt jaarlijks plaats wanneer de Minister van IenM een rapport ontvangt van elk drinkwaterbedrijf dat inzicht verschaft in de kosten en het gerealiseerde bedrijfsresultaat van het vorige kalenderjaar.<sup>25</sup> Wanneer het bedrijfsresultaat de WACC overschrijdt, zijn de drinkwaterbedrijven verplicht dit te compenseren in het drinkwatertarief van het volgende jaar.<sup>26</sup> Ingeval dit niet wordt nageleefd, is de Minister van IenM bevoegd een bindende aanwijzing te geven aan de eigenaar van het desbetreffende drinkwaterbedrijf.<sup>27</sup>

De prestatievergelijking, waarin de drinkwaterbedrijven worden vergeleken op kwaliteit, klantenservice, milieuaspecten en kostenefficiëntie, vindt elke drie jaar plaats.<sup>28</sup> Sinds inwerkingtreding van de Drinkwaterwet is deze benchmark – waarmee de Inspectie belast is<sup>29</sup> – verplicht

9. WRR, *Het borgen van publiek belang*, 2000, beschikbaar via [www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/Het\\_borgen\\_van\\_publiek\\_belang.pdf](http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/Het_borgen_van_publiek_belang.pdf), p. 46.

10. Zie ook S. Lavrijssen & B. Vitez, *The Principles of Good Regulation in the Drinking Water Sector*, TILEC Discussion Paper 2015, nr. 2 voor een uitgebreidere behandeling van elk publiek belang.

11. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27018, 1, p. 8.

12. *Ibid.*, p. 9; en zie bijvoorbeeld artikel 3 lid 2 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 tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, waarin staat dat de universele dienstverplichting ook betrekking kan hebben op de leveringszekerheid.

13. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27018, 1, p. 9.

14. Zie verder *Kamerstukken II 2006/07*, 30895, 3, p. 28.

15. Artikel 4 lid 1 en artikel 5 lid 1 Drinkwaterwet jo. artikel 4 Drinkwaterregeling.

16. Artikel 15 jo. artikel 1 lid 1 Drinkwaterwet.

17. E. Dijkgraaf, S. van der Geest & M. Varkevisser, *Winstregulering als waarborg voor redelijke tarieven*, Rotterdam: Erasmus Competition and Regulation Institute 2007, p. 5.

18. Artikel 11 lid 1 Drinkwaterwet.

19. Artikel 11 lid 1 Drinkwaterbesluit.

20. Artikel 10 lid 2 en 3 Drinkwaterwet.

21. Artikel 12 lid 1 Drinkwaterwet.

22. Artikel 48 lid 1 Drinkwaterwet jo. Besluit aanwijzing ambtenaren VROM-regelgeving en Organisatie- en mandaatbesluit Inspectie Leefomgeving en Transport 2012.

23. Artikel 12 lid 2 Drinkwaterwet.

24. Artikel 39 Drinkwaterwet.

25. Artikel 12 lid 2 Drinkwaterwet.

26. Artikel 12 lid 3 Drinkwaterwet.

27. Artikel 13 lid 2 Drinkwaterwet en *Kamerstukken II 2006/07*, 30895, 3, p. 32.

28. Artikel 39 Drinkwaterwet jo. artikel 57 Drinkwaterbesluit en artikel 17 Drinkwaterregeling.

29. Artikel 18 Drinkwaterregeling.

voor alle drinkwaterbedrijven.<sup>30</sup> De eerste verplichte benchmark heeft in 2012 plaatsgevonden. Op grond van het *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012* van de Inspectie, is Vewin – eerder verantwoordelijk voor de vrijwillige voorloper van de verplichte benchmark<sup>31</sup> – verantwoordelijk voor het verzamelen van de benodigde data.<sup>32</sup> Vewin is de Vereniging van drinkwaterbedrijven in Nederland, waarvan alle tien drinkwaterbedrijven lid zijn. De Minister van IenM ontvangt een exemplaar van de resultaten van de benchmark. Op basis van deze benchmark worden drinkwaterbedrijven geacht aan te geven welke prestatieverbeteringen zij zich voorstellen te realiseren.<sup>33</sup>

Van de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven, die verantwoordelijk zijn voor het goedkeuren van het drinkwatertarief,<sup>34</sup> wordt verwacht dat zij de resultaten van de benchmark gebruiken voor het door hen uitgevoerde toezicht.<sup>35</sup> Echter, dit gebruik van de benchmark is niet verplicht. De omstandigheid dat het aan de aandeelhouders is om te beslissen hoe – en of – de resultaten van de benchmark worden gebruikt, toont het zachte karakter van het gedecentraliseerd financieel toezicht door de aandeelhouders op de drinkwaterbedrijven aan.

De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) – de toezichthouder die belast is met de handhaving van het mededingingsrecht en de regulering van de netwerksectoren – heeft een adviserende rol in het economisch toezicht op de drinkwatersector. Zowel de Minister van IenM als de Inspectie zijn verplicht advies te vragen aan de ACM bij de uitoefening van hun taken.<sup>36</sup> De Minister van IenM neemt de adviezen van de ACM in de regel consequent over bij de vaststelling van de WACC en het maximaal aandeel van het eigen vermogen.<sup>37</sup> Ingeval de Minister van IenM afwijkt van het advies van de ACM, is hij op grond van de Algemene wet bestuursrecht verplicht dit voornemen te motiveren.<sup>38</sup> De ACM geeft belanghebbenden, zoals VEMW<sup>39</sup> en Vewin, de kans om hun mening over het ontwerpadvies van de ACM te geven. Hiertoe bestaat geen wettelijke verplichting.<sup>40</sup>

Uit het voorgaande volgt dat economisch toezicht een gedeelde verantwoordelijkheid is tussen de Minister van IenM, de Inspectie, de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven en de drinkwaterbedrijven, verenigd in Vewin. Mocht er iets misgaan, dan is het nadeel van de huidige situatie dat het voor de drinkwaterconsument onduidelijk is wie er precies verantwoordelijk is voor wat. Indien bijvoorbeeld het drinkwatertarief te hoog is, kunnen hier diverse oorzaken een rol spelen. Het drinkwatertarief kan door zowel een foutief besluit van de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven te hoog zijn, als door een onjuist WACC-percentage dat door de Minister van IenM is vastgesteld op basis van advies van de ACM. Of, het tarief is te hoog door een onnodige kostenstijging aan de kant van de drinkwaterbedrijven, of door een te hoog maximaal percentage van het eigen vermogen – ook vastgesteld door de Minister van IenM op basis van advies van de ACM. Het is van belang dat de oorzaak van het probleem zo snel mogelijk wordt gevonden, zodat de vraag wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor de te hoge prijs van het drinkwater kan worden beantwoord.

#### 4. Beginselen van goed toezicht

##### 4.1. Algemeen

In de rechtspraak van het HvJ EU is vastgesteld dat 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'<sup>41</sup> economisch van aard is. Het Hof volgt een functionele benadering. Hierbij wordt nagegaan wat de aard van de activiteiten is en of deze ook door andere dan overheidsorganisaties kunnen worden verricht.<sup>42</sup> Het HvJ EU heeft ook aangegeven dat uitzonderingen op deze benadering bestaan. Deze uitzonderingen betreffen 'activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag'<sup>43</sup> en 'taken van zuiver sociale aard'<sup>44</sup>. Niet veel activiteiten zijn aangemerkt als de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Slechts klassieke staatsactiviteiten zoals het leger of de politie worden gezien als voorbeelden van deze categorie niet-economische activiteiten.<sup>45</sup> De tweede

30. Vewin, *Water in Zicht 2012 – Bedrijfsvergelijking drinkwatersector*, Rijswijk: Vereniging van waterbedrijven in Nederland 2013, p. 5.  
 31. Zie voor meer over de vrijwillige benchmark voor inwerkingtreding van de Drinkwaterwet, M. Blokland, M. Schouten & K. Schwartz, 'Rejuvenating a Veteran Benchmarking Scheme: Benchmarking in the Dutch Drinking Water Sector', *Competition and Regulation in Network Industries* 2010, afl. 2, p. 138-139.  
 32. Inspectie, *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012*, p. 6.  
 33. Artikel 44 Drinkwaterwet.  
 34. Artikel 20 Drinkwaterwet.  
 35. Vewin, *Water in Zicht 2012 – Bedrijfsvergelijking drinkwatersector*, Rijswijk: Vereniging van waterbedrijven in Nederland 2013, p. 15.  
 36. Artikel 8a Drinkwaterbesluit jo. artikel 7 Drinkwaterregeling.  
 37. Besluit van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 24 oktober 2011, nr. DP2011055738, ter vaststelling van het maximaal toegestane aandeel eigen vermogen, bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de Drinkwaterwet, voor 2012 en 2013; Besluit van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 24 oktober 2011, nr. DP2011055738, ter vaststelling van de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet, bedoeld in artikel 10, derde lid, van de Drinkwaterwet, voor 2012 en 2013; en Besluit van de Minister van Infrastructuur en Milieu, van 28 oktober 2013, nr. IENM/BSK-2013/239467, ter vaststelling van de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet, bedoeld in artikel 10, derde lid, van de Drinkwaterwet, voor 2014 en 2015.  
 38. Artikel 3:50 Algemene wet bestuursrecht.  
 39. De Vereniging voor Energie, Milieu en Water.  
 40. Hoewel kan worden gesteld dat de ACM uitvoering geeft aan haar plicht tot een zorgvuldige voorbereiding van haar adviezen door belanghebbenden de kans te geven een zienswijze in te dienen.  
 41. Zie bijvoorbeeld, HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 19; zie ook TILEC Discussion Paper 2015, nr. 2 voor een uitgebreidere onderbouwing voor de economische aard van drinkwatervoorziening.  
 42. HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 20.  
 43. HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 36.  
 44. HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63 (*Poucet and Pistre/AGF and Cancava*), r.o. 18-19.  
 45. Europese Commissie, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, 2012/C 8/02, punt 16.

uitzondering heeft betrekking op activiteiten die een 'onvrijwillige subsidiëring van de ene sociale groepering door de andere'<sup>46</sup> behelzen. Hierbij kan worden gedacht aan socialezekerheidsstelsels. Ondanks dat de drinkwatervoorziening in geen van deze uitzonderingscategorieën valt, geeft de Nederlandse overheid in de memorie van toelichting op de Drinkwaterwet aan dat de drinkwatervoorziening een dienst van algemeen niet-economisch belang is.<sup>47</sup> Enerzijds is het standpunt van de Nederlandse overheid tot op zekere hoogte begrijpelijk, nu de vraag of er voor bepaalde diensten een markt bestaat, ook kan afhangen van de wijze waarop die diensten in de betrokken lidstaat zijn georganiseerd.<sup>48</sup> Anderzijds is het niet zo dat een afgeschermd markt per definitie de conclusie met zich brengt dat er geen sprake is van een economische activiteit.<sup>49</sup> Van belang is hierbij of de diensten ten minste potentieel in concurrentie kunnen worden aangeboden waarbij ook naar de organisatie van de diensten in andere lidstaten kan worden gekeken. De conclusie in de memorie van toelichting gaat ook voorbij aan de omstandigheid dat het Europees recht voorrang heeft boven het nationaal recht.<sup>50</sup> Het Europees recht biedt voldoende gronden voor het uitgangspunt dat de drinkwatervoorziening in Nederland als economische activiteit kan worden beschouwd. Gelet op de rechtspraak van het HvJ EU,<sup>51</sup> gaat dit artikel er daarom van uit dat de drinkwatervoorziening een dienst van algemeen economisch belang – en dus een economische activiteit – is. In het licht van de functionele benadering van het HvJ EU, rekenen ook de Europese Commissie, de ACM en enkele lidstaten – zoals Engeland en Frankrijk – de drinkwatervoorziening tot een dienst van algemeen economisch belang.<sup>52</sup> Als gevolg van deze conclusie zijn de vrijverkeerregels van toepassing op het

wettelijk kader voor de regulering van de drinkwatersector en zijn de drinkwaterbedrijven ondernemingen in de zin van het (Europese en nationale) mededingingsrecht.<sup>53</sup> Daarnaast moet de Nederlandse overheid op grond van artikel 106 lid 1 VWEU waarborgen treffen dat de drinkwaterbedrijven – die over een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU beschikken – geen misbruik maken van deze machtspositie. Hieronder worden de normen geschetst waaraan adequaat economisch toezicht ten minste moet voldoen om de drinkwaterconsument te beschermen tegen misbruik van een economische machtspositie door drinkwaterbedrijven.

#### 4.2. De beginselen van goed toezicht

De beginselen van goed toezicht zijn van belang voor de organisatie van het economisch toezicht op de drinkwatersector.<sup>54</sup> Deze beginselen verwoorden de normen die als basis dienen voor de vormgeving van wet- en regelgeving voor toezichtarrangementen in markten in het algemeen en in de drinkwatersector in het bijzonder.<sup>55</sup> De beginselen komen terug in soft-law-documenten van internationale organisaties.<sup>56</sup> Deze bronnen, die weer de basis vormen voor bepalingen inzake goed toezicht in Europese en nationale wetgeving, zijn bijvoorbeeld aanbevelingen of aanwijzingen van internationale organisaties zoals de OESO en van Europese instanties zoals de Europese Commissie.<sup>57</sup> De beginselen van goed toezicht, zoals de beginselen van onafhankelijkheid, transparantie, participatie, accountability en rechtsbescherming, zijn inmiddels verankerd in Europese en nationale wettelijke bepalingen inzake de regulering van de netwerksectoren, zoals de Europese energie en elektronische communicatierichtlijnen.<sup>58</sup>

46. C-70/95, conclusie van A-G N. Fennelly 6 februari 1997, ECLI:EU:C:1997:301 (*Sodemare e.a./Regione Lombardia*), punt 29.

47. *Kamerstukken II* 2006/07, 30895, 3, p. 22.

48. Europese Commissie, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, 2012/C 8/02, punt 12-13.

49. *Ibid.*

50. HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); A. Rosas & L. Armati, *EU Constitutional Law*, Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing 2012, p. 67.

51. Zie bijvoorbeeld, HvJ EG 25 oktober 2001, C-475/99, ECLI:EU:C:2001:577 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 19; zie ook TILEC Discussion Paper 2015, nr. 2 voor een uitgebreidere onderbouwing voor de economische aard van drinkwatervoorziening.

52. Zie bijvoorbeeld Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, COM(2007)724 def., p. 5; ACM, 'Besluit 1212', in: *NUON Water – Waterleiding Friesland*, 1999; P. Bauby, 'Local services of general economic interest in Europe – Water services: what are the Challenges?', *Annals of Public and Co-operative Economics*, vol. 83 issue 4, 2012, p. 565; en Department for Environment, Food and Rural Affairs, *Review of Ofwat and consumer representation in the water sector*, 2011, p. 8. Zie TILEC Discussion Paper 2015, nr. 2 voor een uitgebreidere behandeling van de visie van de Commissie en andere lidstaten.

53. De classificatie van een dienst als een dienst van algemeen economisch belang is overigens van belang voor het eventuele rechtvaardigen van beperkingen van de vrijverkeer- en de Europese mededingingsregels, zie artikel 106 lid 2 VWEU.

54. Zie M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014. Zie ook A.T. Ottow, *Market and Competition Authorities, Good Agency Principles*, Oxford: Oxford University Press 2015.

55. L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX issue 2, p. 344; Zie ook H. Addink, 'Governance and Norms: An Interdisciplinary Approach of Good Governance', in: A. Colombi Ciacchi e.a. (red.), *Law & Governance – Beyond the Public-Private Law Divide?*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013, p. 241-272; H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union – Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 35; H. Addink, *Goed bestuur*, Deventer: Kluwer 2010, p. 28; M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014; Europese Commissie, European governance – a white paper, COM(2001)428 def., p. 7; M. de Visser, *Network-based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 78-102.

56. *Idem.*

57. Europese Commissie, European governance – a white paper, COM(2001)428 def. Zie ook OECD, Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, 2012 en OECD, Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation [C(95)21/FINAL], including the OECD Reference Checklist For Regulatory Decision-making.

58. Richtlijn 2002/21/EG, *PbEG* 2002, L 108/33, zoals gewijzigd door artikel 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elek-

In dit verband moet worden opgemerkt dat er naar verluidt in juni 2015 beginselen van goed toezicht van de OESO zullen worden uitgebracht.<sup>59</sup> De OESO heeft in dit kader twaalf beginselen geselecteerd die betrekking hebben op de effectiviteit, efficiency en het vertrouwen en participatie in de watersector.<sup>60</sup> Een deel van deze beginselen komt overeen met de beginselen waaraan in dit artikel de drinkwatersector wordt getoetst. Zo erkent de OESO ook dat transparantie en participatie van cruciaal belang zijn voor een goed werkende (drink)watersector. Andere beginselen sluiten aan op wat nodig is voor een goede werking van de gehele watersector, zoals het beginsel dat toezicht gehouden moet worden op de watercapaciteit. Naar verwachting zullen deze beginselen een rol spelen in toekomstige beoordelingen van de OESO. De OESO heeft aangegeven dat zij verwacht dat deze beginselen zullen leiden tot 'concrete changes from governments and stakeholders'.<sup>61</sup> Zij zullen derhalve ook richting bieden aan de wetgever bij het ontwerp van de toezichtarrangementen in de (drink)watersector in de OESOLidstaten.

In de EU kunnen de beginselen van goed toezicht ook worden geïdentificeerd als algemene beginselen van het EU-recht, omdat het HvJ EU ze (grotendeels) als dusdanig heeft erkend in de Europese rechtspraak.<sup>62</sup> Dit betekent dat ze bindend zijn bij de implementatie en uitvoering van het algemene en specifieke EU-recht in de drinkwatersector. Gelet op de brede acceptatie van de beginselen van goed toezicht als normatief kader voor de beoordeling van de vormgeving van het economisch toezicht in netwerksectoren, zullen de beginselen ook in dit artikel als zodanig functioneren. Hoewel weinig specifieke Europese regels bestaan inzake de vormgeving van het economische toezicht op de drinkwater sector, wordt gesteld dat de beginselen een grote rol spelen bij de vormgeving van het toezicht op en de regulering van de

drinkwatersector. Zij vormen een waarborg om te voorkomen dat de drinkwaterbedrijven misbruik van hun machtspositie maken en de drinkwaterconsument benadelen. De beginselen vormen daarom een kader waarbinnen de beoordeling van zowel de organisatie als de invulling van het economisch toezicht op de drinkwatersector plaatsvindt.<sup>63</sup>

In dit artikel worden de beginselen van onafhankelijkheid, accountability, transparantie, participatie en effectieve rechtsbescherming meer in detail behandeld.<sup>64</sup> De beoordeling van het huidige toezicht op de drinkwatersector in het licht van deze beginselen, legt de grootste tekortkomingen van het ontwerp van het huidige toezichtstelsel bloot. Naleving van deze basale beginselen zal een enorme verbetering van de fundamenteën van het economische toezicht tot gevolg hebben. Dit zal leiden tot een meer effectief toezicht en een verbetering van de rechtspositie van de consument in de drinkwatersector. Als deze fundamenteën zijn gelegd, kan het toezichtarrangement verder worden verfijnd aan de hand van meer gedetailleerde uitwerkingen van deze beginselen.<sup>65</sup>

#### 4.2.1. Het beginsel van onafhankelijkheid

Het beginsel van onafhankelijkheid bestaat uit twee elementen, namelijk onafhankelijkheid van de markt en onafhankelijkheid van de politiek.

Het HvJ EU heeft al vroeg geoordeeld dat de toezichthouder onafhankelijk moet zijn van alle marktpartijen.<sup>66</sup> Dit is in het bijzonder van belang om te waarborgen dat marktpartijen met een economische machtspositie, zoals de drinkwaterbedrijven, de inhoud van het economisch toezicht niet kunnen beïnvloeden.<sup>67</sup> Volgens het HvJ EU houdt het vereiste van onafhankelijkheid in dat er 'gelijke kansen'<sup>68</sup> tussen economische spelers bestaan en dat de toezichthouder onafhankelijk is van alle marktpartijen en niet slechts van marktpartijen met een economische

tronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEU* 2009, L 337/37) en 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 tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/56.

59. Zie [www.oecd.org/governance/oecd-principles-on-water-governance-from-vision-to-action.htm](http://www.oecd.org/governance/oecd-principles-on-water-governance-from-vision-to-action.htm).

60. De beginselen behelzen in de categorie effectiviteit: (i) duidelijke rollen en verantwoordelijkheden, (ii) geschikte schalen binnen bassin-systemen, (iii) coherent beleid en (iv) capaciteit; in de categorie efficiency: (i) data en informatie, (ii) financiering, (iii) regelgeving en (iv) innovatief bestuur; in de categorie vertrouwen en betrokkenheid: (i) monitoring en evaluatie, (ii) eigendom verspreid over gebruikers, gebieden en generaties, (iii) deelname van belanghebbenden en (iv) integriteit en transparantie. Zie [www.oecd.org/gov/regional-policy/water-principles-chart.pdf](http://www.oecd.org/gov/regional-policy/water-principles-chart.pdf).

61. Zie [www.oecd.org/governance/oecd-principles-on-water-governance-from-vision-to-action.htm](http://www.oecd.org/governance/oecd-principles-on-water-governance-from-vision-to-action.htm).

62. H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union – Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 34; A. Rosas & L. Armati, *EU Constitutional Law*, Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing 2012, p. 56.

63. S. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 51; S. Prechal & M. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Nergeliu & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 203; H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union – Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 30.

64. Voor een volledig overzicht van alle beginselen en de beoordeling van het economisch toezicht op de drinkwatersector in het licht van deze beginselen, zie TILEC Discussion Paper 2015, nr. 2.

65. Zie hiervoor bijvoorbeeld: L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX issue 2, p. 344.

66. HvJ EG 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853 (*Decoster*), r.o. 17, 19 en 22; verwezen wordt naar HvJ EG 13 december 1991, C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT/GB-Inno-BM*), r.o. 14; en naar HvJ EG 19 maart 1991, C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 51; zie in dit verband ook S. Lavrijssen & A. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 81-82.

67. L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX issue 2, p. 344.

68. HvJ EG 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853 (*Decoster*), r.o. 19.

machtspositie.<sup>69</sup> Daarbij verwijst het Hof naar het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4 lid 3 VEU en het beginsel van de eerlijke mededinging.<sup>70</sup> In de energiesector,<sup>71</sup> de elektronische communicatiesector<sup>72</sup> en de spoorsector<sup>73</sup> is het vereiste van onafhankelijkheid van de markt in de relevante Europese richtlijnen vastgelegd. Het tweede aspect van onafhankelijkheid – politieke onafhankelijkheid – behelst dat de toezichthouders bij de uitvoering van hun bevoegdheden op afstand van de politiek moeten functioneren. Daarbij wordt ervan uitgegaan, dat zuivere beleidskeuzes vanwege hun overwegend politieke aard moeten worden overgelaten aan een democratisch gelegitimeerd orgaan, terwijl uitvoering van die keuzes het beste gewaarborgd is bij een politiek onafhankelijk orgaan.<sup>74</sup> Het onderscheid tussen beleid en uitvoering is in de praktijk echter niet gemakkelijk te maken omdat de toezichthouder ook een bepaalde ruimte nodig heeft om op een zinvolle wijze uitvoering te geven aan het beleid. De grens tussen beleid en uitvoering is te vaag om te kunnen stellen dat de toezichthouder niet meer doet dan het implementeren van beleidskeuzes.<sup>75</sup> Voor de drinkwatersector betekent het onafhankelijkheidsbeginsel dat beleidskeuzes over de vraag wat betaalbaar drinkwater is, alsmede de gewenste minimale drinkwaterkwaliteit, in handen van de politiek moeten blijven. Een politiek onafhankelijk toezichthouder zou moeten worden belast met het waarborgen dat deze gestelde doelen op consistente en onpartijdige wijze worden bereikt. Hiervoor maakt de toezichthouder gebruik van verschillende instrumenten om de beleidsdoelen te verwezenlijken.<sup>76</sup> Deze instrumenten, zoals het besluit waarin de WACC wordt vastgesteld, moeten worden aangewend en ingevuld zonder politieke inmenging.<sup>77</sup>

Niet zo lang geleden heeft ook de Europese Commissie het belang van politieke onafhankelijkheid van de toezichthouders in de netwerksectoren benadrukt. De Commissie heeft de lidstaten de eis opgelegd dat toezichthouders in de energiesector en in de elektronische communicatiesector politiek onafhankelijk zijn bij de uitoefening van hun reguleringsstaken.<sup>78</sup> Dit toont aan dat de juridische relevantie van een bepaalde mate van politieke onafhankelijkheid van de toezichthouders in het EU-recht, groeit.<sup>79</sup>

#### 4.2.2. Het beginsel van accountability

Een van de gevaren van onafhankelijkheid is dat de toezichthouder buiten zijn bevoegdheden treedt.<sup>80</sup> Het accountabilitybeginsel voorziet in de noodzaak van een verantwoordingsmechanisme om dit risico te beteugelen. Bovens omschrijft accountability als 'a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences'.<sup>81</sup>

Deze praktische definitie legt de focus op het proces van het afleggen van verantwoording. In de organisatie van het economisch toezicht op de drinkwatersector, moet in de eerste plaats verantwoording worden afgelegd aan overheidsinstanties.<sup>82</sup> Deze politieke verantwoording houdt in dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan een democratisch gekozen orgaan.<sup>83</sup>

Politieke verantwoording geeft uiting aan de mogelijkheid van democratische controle. Immers, aan het einde van de verantwoordingsketen staan de burgers,<sup>84</sup> die feedback kunnen geven op het gevoerde beleid.<sup>85</sup> Democratische controle is wenselijk omdat het de minister, het parlement

69. Ibid., r.o. 19.

70. Zie in dit verband ook S. Lavrijssen & A. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 81-82; P. Larouche, *Code of Conduct and Best Practices for the setup, operations and procedure of regulatory authorities*, Brussel: CERRE 2014, p. 12; en zie M. de Visser, *Network-based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 85.

71. Artikel 35 Richtlijn 2009/72/EG.

72. Artikel 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG.

73. Zie Richtlijn 2001/12/EG, 2001/13/EG en 2001/14/EG.

74. Zie L.M. Schouten & A.J.C. de Moor-van Vugt, 'De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt', *SEW* 2015, afl. 2, p. 64-65; OESO, *The Governance of Regulators*, 2014, p. 52-53 en C. Hanretty, P. Larouche & A. Reindl, *Independence, accountability and perceived quality of regulators – a CERRE study*, 2012.

75. C. Hanretty, P. Larouche & A. Reindl, *Independence, accountability and perceived quality of regulators – a CERRE study*, 2012, p. 14; zie ook S. Lavrijssen & A. Ottow, 'Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept', *Legal Issues of Economic Integration* 2012, vol. 39, nr. 4, p. 421.

76. C. Hanretty, P. Larouche & A. Reindl, *Independence, accountability and perceived quality of regulators – a CERRE study*, 2012, p. 26.

77. Ibid.

78. Zie artikel 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 inzake elektronische communicatie.

79. Zie ook S. Lavrijssen & A. Ottow, 'The Legality of Independent Regulatory Authorities', in: L. Besselink, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 82-83.

80. S. Lavrijssen & A. Ottow, 'Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept', *Legal Issues of Economic Integration* 2012, vol. 39, nr. 4, p. 421.

81. M. Bovens, 'Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework', *European Governance Papers (EUROGOV)*, 2006, volume: C-06-01, p. 9.

82. P. Larouche, *Code of Conduct and Best Practices for the setup, operations and procedure of regulatory authorities*, Brussel: CERRE 2014, p. 7.

83. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 367.

84. M. Bovens, 'Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework', *European Governance Papers (EUROGOV)*, 2006, volume: C-06-01, p. 16.

85. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 360.

en de burgers ruimte geeft te controleren of de toezichthouder de belangen die in de drinkwatersector spelen voldoende waarborgt. Wanneer een toezichthouder weet dat verantwoording moet worden afgelegd, is de kans groter dat hij de wet op een juiste manier toepast en aanvaardbare economische en juridische keuzes maakt.<sup>86</sup> Daarnaast is het ook wenselijk dat een toezichthouder op een directere wijze publieke verantwoording<sup>87</sup> aflegt aan belanghebbenden zoals drinkwaterconsumenten. Publieke verantwoordelijkheid speelt een rol bij het vergroten van het draagvlak van de activiteiten van de toezichthouder. Verantwoordingsmechanismen vergroten immers de legitimiteit van de toezichthouder,<sup>88</sup> omdat er in openheid publieke verantwoording wordt afgelegd aan de watergebruikers. Hierdoor groeit het vertrouwen in het toezicht dat wordt uitgeoefend door de toezichthouder.<sup>89</sup>

#### 4.2.3. Het beginsel van transparantie

Het transparantiebeginsel vloeit voort uit het democratiebeginsel,<sup>90</sup> waarbij dit beginsel verschillende doelen nastreeft in het kader van het economische toezicht. Zo draagt het bij aan een legitieme bevoegdheidsuitoefening door de onafhankelijke toezichthouder. Transparantie doet dan dienst als een waarborg dat de toezichthouder inzicht geeft in zijn handelen, hetgeen het draagvlak voor zijn besluiten en beleid en uiteindelijk ook voor zijn onafhankelijke positie vergroot.<sup>91</sup> In Europese rechtspraak zijn verschillende aspecten van het transparantiebeginsel erkend. Zo is er een recht op toegang tot documenten,<sup>92</sup> en verwijst het HvJ EU naar het ‘algemene beginsel van transparantie’ op het gebied van concessies voor openbare diensten.<sup>93</sup>

De definitie gegeven door Hancher, Larouche en Lavrijssen is een duidelijke weergave van de eisen die het transparantiebeginsel oplegt aan economische regulering in de drinkwatersector. Toezichthouders zijn:

‘(...) open with stakeholders about their objectives, processes, record and decisions. Moreover, authorities should explain to the citizens and the regulated firms the rationales of their decisions. Given that authorities are liable to be “captured” (at least as far as their attention and their information is concerned) by the regulated firms, the principle of transparency could even go as far as to require authorities actively to seek the involvement of other interests, in particular customers and citizens, in their activities.’<sup>94</sup>

In het licht van deze definitie, vereist het transparantiebeginsel ook transparantie omtrent de procedures die leiden tot besluiten van de toezichthouder in de drinkwatersector. Transparantie over verantwoordingsmechanismen is eveneens vereist. Omdat transparantie openheid aan de kant van de toezichthouder vereist, kan het transparantiebeginsel een belangrijke rol spelen bij de controle of economisch toezicht door de toezichthouder in overeenstemming is met andere beginselen van goed toezicht.<sup>95</sup>

#### 4.2.4. Het beginsel van participatie

Van de hierboven gegeven definitie van het transparantiebeginsel is de overstap naar het participatiebeginsel snel gemaakt.<sup>96</sup> Voor de drinkwatersector houdt dit beginsel in dat deelname van belanghebbenden – zoals drinkwaterconsumenten, consumentenorganisaties, belangengroepen en ngo’s – aan administratieve procedures essentieel is voor goed economisch toezicht. Ook het HvJ EU heeft het participatiebeginsel impliciet erkend. In *Council/Access Info Europe* bijvoorbeeld, merkte het HvJ EU op dat toegang tot documenten een vorm van transparantie is die ‘een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces’ als voordeel heeft.<sup>97</sup> Ook artikel 11 VEU refereert aan participatie.<sup>98</sup>

Alemanno betoogt dat nu het participatiebeginsel een basis in de Europese verdragen heeft gevonden, ‘judicialisation’ van participatie-eisen door het HvJ EU kan

86. Zie in dit verband ook P. Larouche, *Code of Conduct and Best Practices for the setup, operations and procedure of regulatory authorities*, Brussel: CERRE 2014, p. 14-15.

87. *Ibid.*, p. 17-18.

88. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 360.

89. M. Bovens, ‘Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework’, *European Governance Papers (EUROGOV)*, 2006, volume: C-06-01, p. 18.

90. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 333; S. Prechal & M. de Leeuw, ‘Transparency: A General Principle of EU Law?’, in: U. Bernitz, J. Nergelii & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 205, waarin het transparantiebeginsel niet alleen in verband gebracht wordt met het democratiebeginsel, maar ook met het recht gehoord te worden en het recht van verdediging.

91. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 333.

92. Neergelegd in artikel 41 en 42 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

93. HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie/Italië*), r.o. 25.

94. L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, ‘Principles of Good Market Governance’, *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX issue 2, p. 343.

95. S. Prechal, ‘De emancipatie van “het algemene transparantiebeginsel”’, beschikbaar via [www.recht.nl/vakliteratuur/familierecht/artikel/164557/de-emancipatie-van-het-algemene-transparantiebeginsel/](http://www.recht.nl/vakliteratuur/familierecht/artikel/164557/de-emancipatie-van-het-algemene-transparantiebeginsel/), 2008, p. 10.

96. Zie voor meer over dit beginsel, S. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 57-58; H. Addink, ‘Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law’, in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union – Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 39; J. Mendes, *Participation in EU Rulemaking. A Rights-based Approach*, Oxford: Oxford University Press 2011; A. Alemanno, ‘Unpacking the Principle of Openness in EU Law – Transparency, Participation and Democracy’, *ELR* 2014, afl. 1, p. 72-90.

97. HvJ EU 17 oktober 2013, C-280/11 P, ECLI:EU:C:2013:671 (*Council/Access Info Europe*), r.o. 32.

98. Zie ook J. Mendes, ‘Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU’, *CML Rev.* 2001, Vol. 48 nr. 6, p. 1849-1878.



worden verwacht.<sup>99</sup> De Commissie geeft aan dat ‘improved participation is likely to create more confidence in the end result’.<sup>100</sup> Het creëren van meer vertrouwen in het eindresultaat gaat dus hand in hand met deelname aan de procedure die leidt tot het eindresultaat. In dit opzicht zijn afdwingbare participatierechten van belang om het draagvlak van het optreden van de toezichthouder te vergroten, daar niet-afdwingbare rechten hiervoor wellicht minder geschikt zijn omdat zij minder garanties bieden.<sup>101</sup>

4.2.5. Het beginsel van een effectieve rechtsbescherming  
Gezien dat publieke verantwoording belanghebbenden de kans geeft om potentiële schendingen van hun rechten voor te leggen aan de rechter, is het verband tussen effectieve rechtsbescherming en het accountabilitybeginsel een gegeven. Effectieve rechtsbescherming wordt daarom ook wel aangeduid als ‘judicial’ of ‘legal’ accountability.<sup>102</sup> In *Johnston* gaf het HvJ EU aan dat het beginsel van een effectieve rechtsbescherming – dat ook is neergelegd in artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in artikel 6 en 13 EVRM – een algemeen Europees rechtsbeginsel is.<sup>103</sup> Sindsdien onderstreept het HvJ EU met enige regelmaat dat een effectieve rechtsbescherming ervoor moet zorgen dat de rechten van partijen ontleend aan het EU-recht worden gewaarborgd wanneer deze rechten worden aangetast door nationale regulerende instanties.<sup>104</sup> De onafhankelijke rechter moet voorzien in effectieve rechtsbescherming. Deze controle is van belang om ervoor te zorgen dat toegekende rechten van de (water)consumenten worden beschermd.

## 5. Beoordeling van het economisch toezicht op de drinkwatersector

Deze paragraaf beoordeelt het huidige economische toezicht op de drinkwatersector in het licht van de beginselen van goed toezicht. In deze beoordeling zullen verschillende aspecten van het economisch toezicht worden besproken, te weten het drinkwatertarief, de benchmark, de WACC en het financieel toezicht.

### 5.1. Het beginsel van onafhankelijkheid

Bij toetsing van het toezichtarrangement in de drinkwatersector aan de beginselen van goed toezicht, kunnen

vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid enkele kritische kanttekeningen worden geplaatst. Hieruit blijkt dat de onafhankelijkheid van het toezicht op de drinkwaterbedrijven onvoldoende wordt gewaarborgd.

Zo zijn de aandeelhouders exclusief bevoegd om het drinkwatertarief goed te keuren en zijn zij (deels) samen met de Minister van IenM belast met het financiële toezicht.<sup>105</sup> Aangezien aandeelhouders (de gemeenten en provincies) niet onafhankelijk van de drinkwaterbedrijven zijn, kan er een belangenconflict ontstaan bij de bepaling van het tarief. Door dit arrangement wordt noch de politieke onafhankelijkheid, noch de onafhankelijkheid van de markt voldoende gewaarborgd.

Politieke onafhankelijkheid biedt bepaalde voordelen, zoals het voorkomen van belangenverstrengelingen en het vermijden van het prevaleren van politieke kortetermijnbelangen binnen het toezicht op de drinkwatersector. Voldoende politieke onafhankelijkheid is in dit opzicht waardevol.<sup>106</sup> Een zekere mate van politieke onafhankelijkheid bij het nemen van beslissingen – zoals het vaststellen van het drinkwatertarief – heeft ook een positief effect op het aantrekken van investeringen en het stimuleren van innovatie. Dit omdat het de kans op consistent economisch toezicht, aangepast aan de behoeften van de markt, vergroot.<sup>107</sup> Doordat de aandeelhouders het laatste woord hebben over het drinkwatertarief, ontstaat het risico dat politieke kortetermijn- en financiële belangen van decentrale overheden de overhand krijgen.<sup>108</sup> In de hoedanigheid van gemeente of provincie, bestaat het risico dat zij minder prioriteit geven aan de (langetermijn)belangen van drinkwaterconsumenten.<sup>109</sup> De overweging van gemeenten om bijvoorbeeld precariobelasting<sup>110</sup> te heffen op waterleidingen in gemeentegrond is een beslissing die zich slecht verhoudt met de rol van de gemeente als aandeelhouder in de drinkwaterbedrijven. De gemeente weet dat de precariobelasting die wordt geheven, door de drinkwaterbedrijven zal worden doorberekend aan de drinkwaterconsument.<sup>111</sup> In haar hoedanigheid als gemeente, bestaat het risico dat de gemeente niet naar het belang van een lage drinkwaterrekening van de drinkwaterconsument kijkt, maar naar haar eigen financiële belang.

Bij de tenuitvoerlegging van de benchmark staat het beginsel van de onafhankelijkheid van de marktpartijen op het spel. Door het gebrek aan deugdelijke waarborgen hebben drinkwaterconsumenten onvoldoende zekerheid

99. A. Alemanno, ‘Unpacking the Principle of Openness in EU Law – Transparency, Participation and Democracy’, *ELR* 2014, afl. 1, p. 72-90.

100. Europese Commissie, *European governance – a white paper*, COM(2001)428 def., p. 7.

101. A. Alemanno, ‘Unpacking the Principle of Openness in EU Law – Transparency, Participation and Democracy’, *ELR* 2014, afl. 1, p. 72-90.

102. Zie M. Bovens, ‘Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework’, *European Governance Papers (EUROGOV)*, 2006, volume: C-06-01, p. 16-17.

103. HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*), r.o. 18.

104. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 februari 2008, C-426/05, ECLI:EU:C:2008:103 (*Tele2 Telecommunication*), r.o. 30 en 32.

105. Artikel 20 Drinkwaterwet; in dit verband speelt ook de onafhankelijkheid van de politiek (de decentrale overheden als aandeelhouders) en de markt.

106. Zie in dit verband ook OESO, *The Governance of Regulators*, 2014, p. 50-51.

107. L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, ‘Principles of Good Market Governance’, *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX issue 2, p. 344; S. Lavrijssen & A. Ottow, ‘The Legality of Independent Regulatory Authorities’, in: L. Besseling, F. Pennings & A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 73-95; P. Larouche, *Code of Conduct and Best Practices for the setup, operations and procedure of regulatory authorities*, Brussel: CERRE 2014, p. 13.

108. Zie T. Christensen & P. Læg Reid, ‘Regulatory Reforms and Agencification’, *3rd ECPR Conference*, 2005, p. 20-21.

109. Zie in dit verband ook E. van Damme & K. Mulder, ‘Transparant en eerlijk geprijsd water’, *ESB* 2006, nr. 4482, p. 135.

110. Precariobelasting is een belasting die sommige gemeenten heffen; drinkwaterbedrijven betalen deze belasting voor het gebruik van gemeentegrond wanneer hun leidingen zich (deels) onder gemeentegrond bevinden.

111. Dit wordt niet in het drinkwatertarief meegenomen, maar als aparte post op de drinkwaterfactuur gezet.

dat een partij onafhankelijk van de drinkwaterbedrijven en van de politiek de drinkwaterbedrijven beoordeelt op hun prestaties. Op grond van de Drinkwaterwet is de Inspectie verantwoordelijk voor het uitvoeren van de driejaarlijkse prestatievergelijking.<sup>112</sup> In eerste instantie werd de uitvoering van de benchmark overgelaten aan Vewin, de Vereniging van drinkwaterbedrijven in Nederland.<sup>113</sup> In het *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012* van de Inspectie, werd gesteld dat de Inspectie toezicht houdt op 'een juiste uitvoering van het protocol en presentatie van de data'.<sup>114</sup> Er werd niet uitgelegd welke maatregelen beschikbaar zijn om naleving van het protocol te waarborgen, noch werd aangegeven hoe de Inspectie naleving controleert.

Naar aanleiding van consultatie met de drinkwaterbedrijven en Vewin, heeft de minister het *Protocol prestatievergelijking drinkwaterbedrijven 2015* aangenomen. Dit protocol zal worden gebruikt bij de prestatievergelijking over 2015. In vergelijking met het *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012*, is in het nieuwe protocol een duidelijkere rolverdeling vastgelegd. Zo is het feit dat de Inspectie het verslag opstelt een verbetering van de onafhankelijkheid van de marktpartijen ten opzichte van het eerdere protocol. Toch blijft de rol van Vewin groot, daar zij ervoor verantwoordelijk blijft om de levering van de gegevens te faciliteren en de eenduidigheid van deze gegevens te bevorderen. Omdat Vewin niet onafhankelijk is van de drinkwaterbedrijven, is hier derhalve nog steeds ruimte voor verbetering in het licht van het beginsel van onafhankelijkheid.

Ook de OESO onderkent de behoefte tot meer onafhankelijkheid, en vraagt om 'independent oversight, at an arm's length from water institutions'.<sup>115</sup> De OESO wijst concrete beperkingen van de huidige benchmark aan om haar roep naar onafhankelijk toezicht te onderbouwen. Deze beperkingen zijn onder andere 'the decreased number of reference observations in the benchmark [which] likely reduces the potential effectiveness of benchmarking in identifying under performance [and] the lack of a third-party involvement in service quality performance assessment or monitoring [which] is all the more challenging when there is a reduced number of players with higher risks of monopolistic behaviour'.<sup>116</sup>

De OESO wijst ook op het bestaan van een informatie-asymmetrie tussen de aandeelhouders en het management van de drinkwaterbedrijven. Een gebrek aan expertise aan de kant van de decentrale overheden, kan volgens de OESO leiden tot onder- of overinvestering omdat de decentrale overheden niet kunnen beoordelen of de door het management voorgestelde investeringen noodzakelijk zijn. Zij zijn ook niet goed in staat te herkennen welke

investeringen in de drinkwaterbedrijven noodzakelijk zijn.<sup>117</sup>

### 5.2. Het beginsel van accountability

Omdat de Minister van IenM verantwoording aflegt aan het parlement, moet de minister volledig worden geïnformeerd over de drinkwaterbedrijven. Hiervoor is transparantie vereist.<sup>118</sup> Het feit dat de Inspectie niet kon beoordelen in hoeverre de drinkwatertarieven van 2012 kostendekkend zijn omdat de drinkwaterbedrijven onvoldoende inzicht gaven in de tariefstructuur,<sup>119</sup> geeft aan dat het verantwoordingsmechanisme in de drinkwatersector wordt beperkt door een gebrek aan transparantie.

Uit par. 3 bleek dat politieke verantwoordingsrelaties ook lijden onder de vele partijen die betrokken zijn bij het toezicht op de drinkwatersector. In de huidige situatie leggen de Minister van IenM en de Inspectie onvoldoende verantwoording af aan belanghebbenden voor hun besluiten, zoals het WACC-besluit. De Inspectie legt verantwoording af aan de Minister van IenM, die op zijn beurt verantwoording aflegt aan het parlement, waarbij het parlement de burgers – daaronder vallen ook de drinkwaterconsumenten – vertegenwoordigt. Tijdens verkiezingen kunnen kiesgerechtigden hun stem baseren op hun standpunt met betrekking tot het toezicht op de drinkwatersector. Dit standpunt kunnen zij bijvoorbeeld bepalen met behulp van informatie verkregen op Verantwoordingsdag.<sup>120</sup> Deze manier van verantwoording afleggen geeft drinkwaterconsumenten nauwelijks de kans hun standpunt kenbaar te maken aan de Minister van IenM of aan de Inspectie. Hierdoor verkleint de kans dat de mening van belanghebbenden over bijvoorbeeld de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het toezicht op de drinkwatersector, de Minister van IenM, de Inspectie en uiteindelijk het parlement bereikt.

Een vergelijkbaar nadeel speelt ook bij de verantwoordingsrelaties tussen de drinkwaterbedrijven en de drinkwaterconsumenten. In theorie zouden drinkwaterconsumenten de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven tijdens gemeenteraads- of Provinciale Statenverkiezingen ter verantwoording kunnen roepen – de aandeelhouders zijn immers democratisch gekozen organen. In de praktijk is dit echter geen effectief verantwoordingsmechanisme. Onderwerp van verantwoording ten tijde van decentrale verkiezingen is het gehele politieke beleid dat de afgelopen vier jaar door de decentrale overheid is gevoerd. Dat betekent dat de stem van de kiezer moeilijk terug kan worden gebracht tot feedback over de gemeente of provincie als aandeelhouder van een drinkwaterbedrijf. Bovendien bemoeilijken ook andere factoren deze verantwoordingsrelatie tussen de drinkwaterbedrijven en de

112. Artikel 48 lid 1 Drinkwaterwet.

113. Inspectie, *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012*, p. 26.

114. Ibid., p. 6 en 26.

115. OESO, *Water Governance in the Netherlands: Fit for the Future?*, 2014, p. 257-258.

116. OESO, *Water Governance in the Netherlands: Fit for the Future?*, 2014, p. 252.

117. Ibid.

118. Zie ook M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 361.

119. Inspectie, *Toezicht Drinkwatertarieven – Beoordeling tarieven 2012*, p. 10.

120. Op Verantwoordingsdag, de derde dinsdag in mei, legt het kabinet verantwoording af aan de Eerste en Tweede Kamer over het gevoerde beleid en de uitgaven van het afgelopen jaar. Zie voor het meest recente jaarverslag van het Ministerie van IenM: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/verantwoordingsdag/verantwoordingsdag-dit-jaar/verantwoordingsdagstukken](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/verantwoordingsdag/verantwoordingsdag-dit-jaar/verantwoordingsdagstukken); in dit jaarverslag legt het Ministerie van IenM verantwoording af over 'de gerealiseerde uitgaven, ontvangsten en aangegane verplichtingen ten opzichte van de begroting 2013'.

drinkwaterconsumenten. Zo komen bijvoorbeeld de grenzen tussen de distributiegebieden en de grenzen van de gemeenten en provincies niet noodzakelijk overeen.<sup>121</sup>

Het is denkbaar dat er gevallen bestaan waarin een drinkwaterconsument zijn stem wil gebruiken om zijn (on)genoegen te uiten tijdens een decentrale verkiezing over een aandeelhouder, maar dit niet kan omdat de kiezer niet mag stemmen in de gemeente of provincie die aandeelhouder is van het drinkwaterbedrijf dat water levert aan de kiezer in kwestie.

Een voorbeeld waaruit blijkt dat ook het publieke verantwoordingsmechanisme tekortschiet, is de benchmark die beoogt dat de drinkwaterbedrijven verantwoording afleggen over hun prestaties aan de drinkwaterconsumenten.<sup>122</sup>

Ten eerste kunnen drinkwaterconsumenten geen veranderingen op basis van de resultaten van de benchmark afdwingen. Drinkwaterconsumenten kunnen evenmin overstappen naar een beter presterend drinkwaterbedrijf om een signaal af te geven aan slechter presterende drinkwaterbedrijven: het bestaan van de distributiegebieden belet dit. Ten tweede zijn de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven niet verplicht de benchmark te gebruiken voor het toezicht op het drinkwaterbedrijf. Het gevolg hiervan is dat alleen de drinkwaterbedrijven tekortkomingen, onthuld door de benchmark, kunnen aanpakken. Omdat drinkwaterbedrijven geen prikkels voelen van drinkwaterconsumenten en andere belanghebbenden om zichzelf te verbeteren, krijgen de resultaten van de benchmark onvoldoende gewicht in het functioneren van de instrumenten voor publieke verantwoording ten behoeve van de drinkwaterconsumenten.

### 5.3. Het beginsel van transparantie

De Drinkwaterwet bepaalt dat het drinkwatertarief kostendekkend, transparant en niet-discriminerend is.<sup>123</sup> Om dit te garanderen, zijn er gedetailleerde transparantievoorwaarden omtrent het drinkwatertarief voor de drinkwaterbedrijven opgenomen in de relevante wet- en regelgeving.<sup>124</sup> In de praktijk worden deze transparantie-eisen nauwelijks nagekomen.

Elk drinkwaterbedrijf is verplicht een overzicht van het drinkwatertarief te publiceren waarin gespecificeerd is

hoe het tarief is afgeleid van de operationele kosten, afschrijvingen, vermogenskosten en van de belastingen.<sup>125</sup> Raadpleging van de beschikbare overzichten van 2014 laat zien dat geen van de drinkwaterbedrijven de verhouding tussen de kosten en de tarieven publiceert, zoals vereist door artikel 10 lid 3 Drinkwaterbesluit.<sup>126</sup>

Ook informatie verkregen voor de benchmark lijdt onder een gebrek aan transparantie, ondanks dat de benchmark wordt gepresenteerd als een middel om openheid te verschaffen aan belanghebbenden.<sup>127</sup> Het *Protocol Prestatievergelijking Drinkwaterbedrijven 2012*, uitgegeven door de Inspectie, maakt inzichtelijk welke informatie het drinkwaterbedrijf moet aanleveren. Deze informatie wordt niet openbaar gemaakt. Alleen het eindrapport – dat de eindresultaten van de benchmark bevat – is voor iedereen beschikbaar. Dit eindrapport toont geen specifieke onderverdeling waaruit blijkt waaruit de kosten van de drinkwaterbedrijven precies bestaan. Bijgevolg is het niet mogelijk om de informatie waarop de kosten worden berekend te verifiëren. Het is daarom niet transparant welke informatie de basis van de benchmark vormt.<sup>128</sup>

Een bevestiging van het gebrek aan transparantie in het economische toezicht kan worden gevonden in de resultaten van het financieel toezicht. In een rapport over de tarieven van drinkwater in 2012 – met daarin een afzonderlijke beoordeling van elk drinkwaterbedrijf<sup>129</sup> – concludeerde de Inspectie dat geen van de drinkwaterbedrijven voldoende duidelijk kon maken hoe de drinkwatertarieven van 2012 waren afgeleid van de kosten.<sup>130</sup> Een onderzoek naar de prijzen in de drinkwatersector heeft aangetoond dat drinkwaterconsumenten mogelijk te veel betalen voor drinkwater.<sup>131</sup> Het gebrek aan transparantie verhoogt het risico dat drinkwaterconsumenten te hoge tarieven in rekening worden gebracht, omdat zij moeilijk kunnen controleren waaruit het tarief dat zij betalen bestaat.

### 5.4. Het beginsel van participatie

Opvallend is dat directe participatie door belanghebbenden vrijwel ontbreekt in het economisch toezicht op de drinkwatersector. Drinkwaterconsumenten, belangengroepen, consumentenorganisaties en deskundigen heb-

121. Zie bijlage 1 van de Drinkwaterregeling.

122. Vewin, *Water in Zicht 2012 – Bedrijfsvergelijking drinkwatersector*, Rijswijk: Vereniging van waterbedrijven in Nederland 2013, p. 12.

123. Artikel 11 lid 1 Drinkwaterwet.

124. Artikel 10 Drinkwaterbesluit.

125. Artikel 10 lid 3 Drinkwaterbesluit.

126. NV Waterbedrijf Groningen, *Tarievenregeling per 1 januari 2014*, beschikbaar via [www.waterbedrijfgroningen.nl/wp-content/uploads/2014/09/Tarievenregeling-2014.pdf](http://www.waterbedrijfgroningen.nl/wp-content/uploads/2014/09/Tarievenregeling-2014.pdf); NV Waterleidingmaatschappij Drenthe, *Tarievenregeling NV Waterleidingmaatschappij Drenthe 2014*, beschikbaar via [www.wmd.nl/sites/default/files/uploads/WaterThuis/TariefEnNota/472-04\\_tarievenregeling2014.pdf](http://www.wmd.nl/sites/default/files/uploads/WaterThuis/TariefEnNota/472-04_tarievenregeling2014.pdf); Vitens NV, *Tarievenoverzicht Consumenten 2014*, beschikbaar via [www.vitens.nl/overvitens/organisatie/Documents/Tarieven%202014/Drinkwatertarieven%20Vitens%20Consumenten%202014.pdf](http://www.vitens.nl/overvitens/organisatie/Documents/Tarieven%202014/Drinkwatertarieven%20Vitens%20Consumenten%202014.pdf); Oasen NV, *Tarievenlijst 2014*, beschikbaar via [www.oasen.nl/Lists/Downloads/Tarievenoverzicht\\_drinkwater\\_2014.pdf](http://www.oasen.nl/Lists/Downloads/Tarievenoverzicht_drinkwater_2014.pdf); Stichting Waternet, *Vaststelling Tariefbepaling 2014*, beschikbaar via [www.waternet.nl/media/647985/tariefbepalingen\\_dw\\_2014.pdf](http://www.waternet.nl/media/647985/tariefbepalingen_dw_2014.pdf); NV PWN Waterleidingbedrijf Noord-Holland, *Tarieven en betaling*, beschikbaar via [www.pwn.nl/tarieven](http://www.pwn.nl/tarieven); Dunea Duin & Water, *Tarievenregeling 2014*, beschikbaar via [www.dunea.nl/klantenservice/tarieven](http://www.dunea.nl/klantenservice/tarieven); Evides NV, *Tarievenregeling 2014*, beschikbaar via [www.evides.nl/klantenservice/Documents/Brochures/Evides%20Tarievenregeling%202014.pdf](http://www.evides.nl/klantenservice/Documents/Brochures/Evides%20Tarievenregeling%202014.pdf); Brabant Water NV, *Tarievenregeling*, beschikbaar via [www.brabantwater.nl/SiteCollection/Documents/Tarievenregeling\\_2014-aangepast.pdf](http://www.brabantwater.nl/SiteCollection/Documents/Tarievenregeling_2014-aangepast.pdf); NV WML, *Tarief 2014*, beschikbaar via [www.wml.nl/nl-nl/158/6336/tarief-2014.aspx](http://www.wml.nl/nl-nl/158/6336/tarief-2014.aspx).

127. Vewin, *Water in Zicht 2012 – Bedrijfsvergelijking drinkwatersector*, Rijswijk: Vereniging van waterbedrijven in Nederland 2013, p. 12.

128. Zie in dit verband ook de OESO die aangaf dat 'transparency provides opportunities during all phases of the policy cycle to "measure" each other's performance, draw lessons and adjust implementation accordingly. Public disclosure of data underlying benchmarks should thus be encouraged'; OESO, *Water Governance in the Netherlands: Fit for the Future?*, 2014, p. 258.

129. Inspectie, *Toezicht Drinkwatertarieven – Beoordeling tarieven 2012*.

130. Inspectie, *Toezicht Drinkwatertarieven – Beoordeling tarieven 2012*, p. 10.

131. E. van Damme & K. Mulder, 'Transparant en eerlijk geprijsd water', *ESB* 2006, nr. 4482, p. 135.

ben geen formele mogelijkheid om een rol te spelen in het economisch toezicht op de drinkwatersector.

Bij de bepaling van de hoogte van de WACC is een kleine rol weggelegd voor belanghebbendenparticipatie. Op grond van de wet is de Minister van IenM ertoe gehouden om advies te vragen aan de ACM voor het vaststellen van de WACC.<sup>132</sup> Ter voorbereiding van haar advies, geeft de ACM belanghebbenden de kans een zienswijze over de WACC in te dienen.<sup>133</sup> De ACM geeft aan dat zij deze zienswijzen in aanmerking neemt bij de opstelling van haar advies.<sup>134</sup> De ACM brengt wel een reactie uit op de ingediende zienswijzen, maar de manier waarop de ACM deze zienswijzen betreft in haar advies blijft onduidelijk. Het is jammer dat participatie van belanghebbenden een dergelijk kleine rol toekomt, daar het advies van de ACM grote gevolgen heeft voor het toezicht op de drinkwatersector. Zo bleek uit par. 3 dat de Minister van IenM en de Inspectie consequent het advies van de ACM overnemen.<sup>135</sup>

Daarbij komt ook dat belanghebbenden de vraag of er voldoende rekening is gehouden met hun zienswijzen niet aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) kunnen voorleggen. Evenmin kunnen zij het besluit waarin de WACC wordt vastgesteld voorleggen aan de rechter (zie ook hieronder). Dit komt omdat noch het advies van de ACM noch de beslissing over de WACC genomen door de Minister van IenM vatbaar is voor beroep.<sup>136</sup>

Omdat belanghebbendenparticipatie vrijwel geen rol speelt in het economisch toezicht, profiteert het economisch toezicht niet van de inbreng van drinkwaterconsumenten, belangengroepen, deskundigen en andere belanghebbenden die de kwaliteit en effectiviteit van het economisch toezicht zouden kunnen vergroten.

##### 5.5. *Het beginsel van een effectieve rechtsbescherming*

De beoordeling in het licht van het beginsel van een effectieve rechtsbescherming laat zien dat de belangrijkste instrumenten die de toezichthouder gebruikt bij het uitoefenen van economisch toezicht over de drinkwatersector onttrokken zijn aan directe rechterlijke controle door de administratieve rechter. Dit volgt uit het feit dat de beslissing van de Minister van IenM waarin de WACC wordt vastgesteld niet vatbaar is voor bezwaar of beroep.<sup>137</sup> Ook de adviserende rol van de ACM ondermijnt een effectieve rechtsbescherming, omdat een advies in principe geen rechtsgevolgen heeft. Ingeval de ACM bevoegd zou zijn om besluiten te nemen, zouden belanghebbenden wellicht meer mogelijkheden hebben om de ACM juridisch ver-

antwoordelijk te houden voor haar besluiten omtrent de WACC bij de onafhankelijke administratieve rechter.

In de huidige situatie kan de beslissing van de minister omtrent de WACC alleen op indirecte wijze worden aangevochten waarbij niet de administratieve rechter, maar de civiele rechter wordt ingeschakeld. Zo is het, bijvoorbeeld, mogelijk dat een civiele zaak op basis van een onrechtmatige daad aanhangig wordt gemaakt waarin wordt betoogd dat het drinkwatertarief in strijd is met artikel 102 VWEU. Het risico bestaat hierbij dat de civiele rechter niet toekomt aan een inhoudelijke beoordeling, doordat de zaak strandt op de stelplecht en bewijslastverdeling. Door de ACM – in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit – te wijzen op mogelijk misbruik van een economische machtspositie door een drinkwaterbedrijf, kan een drinkwaterconsument ook pogen rechtsbescherming te zoeken. Deze bescherming zal echter ook niet altijd soelaas bieden voor rechtzoekenden, omdat alleen belanghebbenden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht de ACM kunnen verzoeken tot het nemen van een besluit en de ACM dit verzoek kan afwijzen, mits goed gemotiveerd.<sup>138</sup> Over het algemeen wordt de belanghebbende status niet aan individuele consumenten verleend. Consumentenorganisaties die kwalificeren als representatieve organisatie, kunnen wel worden aangemerkt als belanghebbend.<sup>139</sup> Het fragmentarische karakter van het huidige economische toezicht en de beperkte mogelijkheden om een besluit van de minister aan te vechten, brengen het risico met zich dat de kansen op rechtsbescherming voor drinkwaterconsumenten via belangenorganisaties en collectieve acties afnemen.

In individuele gevallen kan de Geschillencommissie Water<sup>140</sup> een rol spelen in het beschermen van drinkwaterconsumenten.<sup>141</sup> De consumentenbescherming die deze geschillencommissie biedt, is echter geen bescherming tegen gevolgen van het optreden van de economische toezichthouder. Dat komt doordat de bevoegdheid van de Geschillencommissie Water beperkt is tot geschillen tussen consumenten en drinkwaterbedrijven die betrekking hebben op 'de totstandkoming of de uitvoering van overeenkomsten met betrekking tot de aansluiting en/of de levering van drinkwater'.<sup>142</sup> Dit betekent dat de Geschillencommissie geen uitspraken kan doen over de WACC, het maximaal aandeel eigen vermogen van drinkwaterbedrijven en de vaststelling van het drinkwatertarief.

Door het ontbreken van direct administratief beroep tegen essentiële onderdelen van de drinkwatertarieven, hebben drinkwaterconsumenten geen directe mogelijkhe-

132. Artikel 8a Drinkwaterbesluit jo. artikel 7 Drinkwaterregeling.

133. Zie [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12061/Vermogenskostenvoet-Drinkwaterbedrijven-2014-2015/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12061/Vermogenskostenvoet-Drinkwaterbedrijven-2014-2015/).

134. Zie [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12061/Vermogenskostenvoet-Drinkwaterbedrijven-2014-2015/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12061/Vermogenskostenvoet-Drinkwaterbedrijven-2014-2015/).

135. Zie noot 39.

136. Artikel 10 lid 3 Drinkwaterwet geeft aan dat tegen de vaststelling van de WACC geen bezwaar of beroep mogelijk is.

137. Artikel 10 lid 3 Drinkwaterwet.

138. Artikel 1:2 lid 1 Algemene wet bestuursrecht. CBb 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700.

139. Artikel 1:2 lid 3 Algemene wet bestuursrecht.

140. Zie [www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/water/](http://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/water/).

141. Voor meer over alternatieve geschillenbeslechting zie S. Blake & J. Browne, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford: Oxford University Press 2012; zie voor de belangrijkste ontwikkelingen met betrekking tot de Geschillencommissie Energie en Water: W.H. van Boom, 'Energie en Water', *TvC* 2010, afl. 1, p. 3-19; E. Hondius, 'De geschillencommissies', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 535-555; M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

142. Artikel 3 Reglement Geschillencommissie Water.

den om zaken aanhangig te maken bij het CBB, de deskundige rechter in Nederland voor zaken zoals de vaststelling van een tarief of een WACC. De rechtsbescherming voor energieconsumenten, zou kunnen worden verbeterd door beroep bij het CBB mogelijk te maken. Het CBB kan namelijk een doelmatige rol spelen in zaken waarin reguleringvraagstukken onderwerp van geschil zijn en zo in voorkomende gevallen de nodige rechtsbescherming bieden aan de drinkwaterconsument door de handelingen van de toezichthouder te controleren.

## 6. Andere vormen van economisch toezicht: de Nederlandse energiesector en de Engelse drinkwatersector

Om het economisch toezicht in de Nederlandse drinkwatersector in lijn te brengen met de beginselen van goed toezicht, kunnen bepaalde aspecten van andere modellen van economisch toezicht als inspiratiebron dienen. In deze paragraaf wordt om die reden kort ingegaan op hoe het beginsel van onafhankelijkheid en het beginsel van participatie zijn vormgegeven in het economisch toezicht op de drinkwatersector in het Verenigd Koninkrijk en in het economisch toezicht op de Nederlandse energiesector. Beide sectoren hebben een transitie doorgemaakt waarbij onafhankelijkheid en participatie van consumenten in het economisch toezicht een grotere rol hebben gekregen voor de waarborging van goed toezicht.

### 6.1. De drinkwatersector in Groot-Brittannië

Net zoals in Nederland zijn huishoudelijke drinkwaterconsumenten in het Verenigd Koninkrijk gebonden aan een drinkwaterbedrijf.<sup>143</sup> Om de belangen van de huishoudelijke drinkwaterconsumenten te beschermen, is er een toezichthouder die zowel onafhankelijk is van de marktpartijen als van de politiek: Ofwat.<sup>144</sup>

Het belang van de onafhankelijkheid van economische toezichthouders wordt door het Verenigd Koninkrijk onderstreept in de *Principles for Economic Regulation*, een verzameling beginselen die van toepassing is op de watersector.<sup>145</sup> Volgens de overheid van Groot-Brittannië is een onafhankelijk toezichthouder noodzakelijk door de vele voordelen die dat met zich brengt.<sup>146</sup> Een van de genoemde voordelen is bijvoorbeeld dat onafhankelijk-

heid van de economische toezichthouder de stabiliteit en voorspelbaarheid van economisch toezicht garandeert.<sup>147</sup> Het besef dat drinkwaterconsumenten moeten kunnen nagaan of de rekeningen die zij betalen gerechtvaardigd zijn,<sup>148</sup> was aanleiding voor Ofwat om publieke participatie te stimuleren.<sup>149</sup> Dit heeft erin geresulteerd dat elk drinkwaterbedrijf verplicht is een 'customer challenge group' (hierna: CCG) in te stellen. Deze CCGs bestaan uit een onafhankelijke voorzitter en belanghebbenden zoals vertegenwoordigers van consumentenorganisaties.<sup>150</sup> Elke CCG rapporteert aan Ofwat over o.a. hoe het drinkwaterbedrijf waarbij de CCG hoort, consumentenparticipatie in de praktijk brengt.<sup>151</sup> Ofwat houdt bij de beoordeling van de drinkwatertarieven rekening met de rapporten van de CCGs.

### 6.2. De energiesector in Nederland

Ook in het toezicht op de Nederlandse energiesector komen onafhankelijkheid van de toezichthouder en participatiemogelijkheden voor de consument naar voren. Europese regelgeving vereist dat de toezichthouder van de energiesector onafhankelijk is.<sup>152</sup> In de praktijk houdt dit in dat de ACM onafhankelijk is van de markt en een bepaalde mate van politieke onafhankelijkheid geniet. De ACM heeft de status van zelfstandig bestuursorgaan, waarbij het is uitgesloten dat de Minister van Economische Zaken (EZ) specifieke – op een concrete zaak betrekking hebbende – instructies kan geven aan de ACM.<sup>153</sup> Om naleving van Europese en nationale regelgeving te kunnen verzekeren, variëren de bevoegdheden van de ACM als toezichthouder van de energiesector van ex ante tariefregulering tot het ex post uitdelen van boetes voor overtredingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.<sup>154</sup>

De Elektriciteitswet 1998 voorziet in een aantal participatiemogelijkheden die ten goede komen aan het economisch toezicht op de energiesector.<sup>155</sup> Zo vindt er bijvoorbeeld overleg plaats tussen netbeheerders en representatieve organisaties van netgebruikers via het Gebruikersplatform Elektriciteits- en Gastransportnetten over o.a. de voorwaarden en tarieven voor toegang tot de netwerken. Door het betrekken van representatieve organisaties in het besluitvormingsproces, wordt beoogd meer draagkracht te creëren voor besluiten van de ACM.<sup>156</sup>

143.Zie [www.ofwat.gov.uk/pricereview/](http://www.ofwat.gov.uk/pricereview/).

144.Zie [www.ofwat.gov.uk/pricereview/](http://www.ofwat.gov.uk/pricereview/).

145.Zie Department for Business, Innovation and Skills, *Principles for Economic Regulation*, 2014, punt 4.

146.Zie voor meer voordelen van een onafhankelijk toezichthouder: Department for Business, Innovation and Skills, *Principles for Economic Regulation*, 2011.

147.Ibid., punt 18.

148.Ofwat, *Involving customers in price setting – Ofwat's customer engagement policy statement*, beschikbaar via [www.ofwat.gov.uk/future/monopolies/fpl/customer/pap\\_pos20110811custengage.pdf](http://www.ofwat.gov.uk/future/monopolies/fpl/customer/pap_pos20110811custengage.pdf), p. 3.

149.Zie Ofwat, *Involving customers in price setting – Ofwat's customer engagement policy statement*, waaruit blijkt dat (drink)waterbedrijven verplicht zijn vorm te geven aan consumentenparticipatie.

150.Zie [www.ofwat.gov.uk/pricereview/pr14/customer/prs\\_201305ccg](http://www.ofwat.gov.uk/pricereview/pr14/customer/prs_201305ccg).

151.Ofwat, *Setting price controls for 2015-20 – framework and approach – A consultation*, beschikbaar via [www.ofwat.gov.uk/pricereview/pr14/pap\\_con201301framework.pdf?download=Download](http://www.ofwat.gov.uk/pricereview/pr14/pap_con201301framework.pdf?download=Download), p. 35.

152.Artikel 35 lid 4 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 tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG.

153.De onafhankelijkheid van de ACM kan ook nog worden verbeterd. Zie voor een kritische analyse van de vormgeving van de onafhankelijkheid van de ACM: L.M. Schouten & A.J.C. de Moor-van Vugt, 'De Onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt', *SEW* 2015, afl. 2, p. 62-75.

154.Zie bijvoorbeeld artikel 41 en 77h Elektriciteitswet 1998.

155.Artikel 33 en 41 Elektriciteitswet 1998.

156.ACM, *Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet – Eindverslag*, 2012, beschikbaar via [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7176/Evaluatie-Elektriciteitswet-1998-en-Gaswet-door-de-NMA/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7176/Evaluatie-Elektriciteitswet-1998-en-Gaswet-door-de-NMA/), p. 44.

Ondanks dat de huidige vorm van betrokkenheid van representatieve organisaties nog kan worden verbeterd,<sup>157</sup> blijkt uit de *Evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet – Eindverslag* van de ACM dat participatiemogelijkheden in het besluitvormingsproces waardevol zijn.

## 7. Conclusie en aanbevelingen

### 7.1. Conclusie

Uit de beoordeling van het economisch toezicht op de Nederlandse drinkwatersector blijkt dat de huidige organisatie van het economisch toezicht niet adequaat is bij de naleving van het onafhankelijkheids-, verantwoordings-, transparantie-, participatie- en rechtsbeschermingsbeginsel. De positie van de drinkwaterconsument ten opzichte van het drinkwaterbedrijf dat over een economische machtspositie beschikt komt hierdoor in gevaar.

In de huidige inrichting van het economisch toezicht is noch sprake van onafhankelijkheid van de marktpartijen, noch van politieke onafhankelijkheid van de toezichthouder. De rol van de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven en van Vewin belet dat kan worden gesproken van onafhankelijkheid van economisch toezicht van de marktpartijen. Zoals blijkt uit de bevindingen van de OESO, genieten de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven onvoldoende expertise om noodzakelijke beoordelingen in de drinkwatersector op waarde te kunnen schatten. Dit voedt de risico's van zowel onder- als van overinvestering. Waar onderinvestering kan resulteren in drinkwater van inferieure kwaliteit, kan overinvestering resulteren in te hoge tarieven voor drinkwater dat een 'onnodig' hoge kwaliteit bereikt.<sup>158</sup> Vanuit het oogpunt van de drinkwaterconsument zijn beide scenario's ongewenst.

Daarnaast laat het toezicht door de Minister van IenM en de Inspectie zien dat er onvoldoende sprake is van politieke onafhankelijkheid. Het risico bestaat hierdoor dat politieke kortetermijnbelangen het economisch toezicht op de drinkwatersector beïnvloeden.

Evenmin wordt het transparantiebeginsel nageleefd. Op cruciale vlakken, zoals bij de samenstelling van de drinkwatertarieven en de prestatievergelijking komt een gebrek aan transparantie naar voren. Hierdoor schiet ook de eerbiediging van het beginsel van accountability tekort. Door de vele spelers in de drinkwatersector en het gebrek aan transparantie wordt onvoldoende verantwoording aan drinkwaterconsumenten afgelegd door de Minister van IenM, de Inspectie en de drinkwaterbedrijven.

Ook biedt het economisch toezicht op de drinkwatersector onvoldoende mogelijkheden tot consumentenparticipatie in de drinkwatersector. Omdat er geen formele mogelijkheden voor consumentenparticipatie zijn, profiteert het economisch toezicht nauwelijks van inbreng van belanghebbenden zoals consumenten, belangengroepen en experts.

Wegens het ontbreken van directe beroepsmogelijkheden tegen belangrijke onderdelen van de drinkwaterprijzen, is de naleving van het beginsel van een effectieve rechtsbescherming evenmin optimaal. De drinkwaterconsument heeft momenteel weinig mogelijkheden om het optreden van de Minister van IenM, de Inspectie en de ACM voor te leggen aan het CBB, de gespecialiseerde bestuursrechter in andere netwerksectoren.

Daar de Minister van IenM, de Inspectie, de aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven en Vewin geen expert en niet onafhankelijk op het gebied van economisch toezicht zijn, bestaan onvoldoende waarborgen dat de beginselen van goed toezicht worden geborgd bij het toezicht op de drinkwatersector. Hierdoor komt de consumentenbescherming in het geding. Hieronder worden enkele aanbevelingen gedaan om het economisch toezicht op de drinkwatersector te verbeteren ten behoeve van de bescherming van de waterconsument.

### 7.2. Aanbevelingen

#### a. Om het economisch toezicht op de drinkwatersector te verbeteren, is een onafhankelijke en effectieve toezichthouder nodig

Het is aangetoond dat het overdragen van het toezicht op de watersector aan een onafhankelijke toezichthouder, die op autonome wijze uitvoering mag geven aan zijn bevoegdheden, duidelijke voordelen heeft ten opzichte van de huidige situatie.<sup>159</sup> Een bepaalde mate van politieke onafhankelijkheid van de toezichthouder vergroot de kans op een deskundig en consistent economisch toezicht en bevordert daarmee het aantrekken van investeringen en het stimuleren van innovatie.

#### b. Omdat de ACM hiertoe goed is geëquipeerd, is het wenselijk de ACM als politiek onafhankelijke toezichthouder aan te wijzen

De ACM heeft specifieke expertise om ingewikkelde beoordelingen uit te voeren die juridische, technische en economische kwesties behelzen. De ACM heeft waardevolle ervaring met de regulering van en het toezicht op de netwerksectoren. In het proces van tariefbepaling, het uitvoeren van de benchmark en het toezicht op naleving van de Drinkwaterwet, het Drinkwaterbesluit en de Drinkwaterregeling is deze expertise onmisbaar. Indien de ACM de WACC zou vaststellen, zijn er meer waarborgen dat de beslissing niet wordt geleid door politieke overwegingen. De ACM kan ervoor zorgen dat alle publieke belangen worden veiliggesteld. Omdat drinkwaterconsumenten niet kunnen profiteren van concurrerende drinkwaterbedrijven, heeft de ACM – als onafhankelijk economisch toezichthouder – ook de juiste ervaring en positie om te controleren of de drinkwaterbedrijven hun machtspositie niet misbruiken, maar zich gedragen alsof ze in een concurrerende markt opereren door billijke prijzen in rekening te brengen.

157.Zie in dat verband S. Lavrijssen, J. Eijkens & M. Rijkers, *The role of the highest administrative court and the protection of the interests of the energy consumers in the Netherlands*, TILEC Discussion Paper 2014-032, p. 28.

158.Dit argument is ontleend aan P. Larouche, die aangaf dat inadequaat toezicht kan resulteren in te hoge tarieven omdat er (onnodige) investeringen plaatsvinden die het kwaliteit van het drinkwater verhogen tot een niveau dat aanzienlijk hoger is dan nodig voor menselijke consumptie.

159.Zie in dit verband ook E. van Damme & K. Mulder, 'Transparant en eerlijk geprijsd water', *ESB* 2006, afl. 3, p. 136; en E. van Damme, 'Waterlevering: met marktwerking meer nut?', *ESB* 2006, afl. 12, p. 39.

*c. De ACM moet zich bij het uitvoeren van zijn taken als toezichthouder van de drinkwatersector aan de beginselen van goed toezicht houden*

Naleving van de beginselen van goed toezicht garandeert dat de consument betere bescherming wordt geboden tegen potentieel misbruik van de monopoliepositie door de drinkwaterbedrijven. Om de kwaliteit van het economisch toezicht zo hoog mogelijk te houden, is naleving van de beginselen van goed toezicht vereist door de ACM. De aanwijzing van de ACM als onafhankelijk economisch toezichthouder moet bijvoorbeeld bijdragen aan transparanter economisch toezicht. Een transparante praktijk van de ACM verzekert dat consumenten van drinkwater en andere belanghebbenden de mogelijkheid hebben te controleren of de ACM correct optreedt. Tegelijkertijd profiteren drinkwaterconsumenten ook van transparantie aan de kant van de drinkwaterbedrijven omdat de ACM de taak heeft ervoor te zorgen dat de wettelijke transparantie-eisen worden nageleefd door drinkwaterbedrijven. Op deze manier krijgen drinkwaterconsumenten inzicht in de opbouw van de drinkwaterprijzen, en kunnen zij bepalen of ze 'value for money' ontvangen van hun drinkwaterbedrijf.