

Vergaderjaar 2010–2011

32 814

Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 18 april 2011 en het nader rapport d.d. 14 juni 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 27 december 2010, no 10.003554, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van het Derde Energiepakket, te weten:

- *de Derde Elektriciteitsrichtlijn (hierna: Elektriciteitsrichtlijn);²*
- *de Derde Gasrichtlijn (hierna: Gasrichtlijn);³*
- *de Agentschapsverordening;⁴*
- *de Verordening inzake grensoverschrijdende handel in elektriciteit en⁵*
- *de Verordening inzake de toegang tot aardgastransmissienetten.⁶*

Met het Derde Energiepakket wordt beoogd om de Europese interne markt voor elektriciteit en aardgas te optimaliseren. In dit verband voorziet het derde energiepakket onder meer in:

- *een ontvlechting van de eigendom van transportnetten voor elektriciteit en gas ten opzichte van activiteiten op het gebied van productie en levering;*
- *een verruiming van de regulerende, toezichthoudende en handhavende bevoegdheden van de nationale regulerende instanties en een versterking van de onafhankelijkheid van deze instanties;*
- *de oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen nationale regulerende instanties.*

Ter implementatie van het Derde Energiepakket worden zowel de Elektriciteitswet 1998 als de Gaswet gewijzigd.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

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, Pb. 2009, L 211/55.

³ Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, Pb. 2009, L 211/94.

⁴ Verordening nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators, Pb. 2009, L 211/1.

⁵ Verordening 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening nr. 1228/2003, Pb. 2009, L 211/15.

⁶ Verordening nr. 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van Verordening nr. 1775/2005 Pb. 2009, L 211/36.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt onder andere opmerkingen over de maatregelen ten behoeve van gelijke mededingingsvoorwaarden, de bevoegdheidsverdeling tussen de Minister en de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: NMa) en de hoogspanningsnetten die zijn onderworpen aan zogenoemde «cross border lease» contracten. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 27 december 2010, nr. 10.003554, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 april 2011, nr. W15.10.0577/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Maatregelen ten behoeve van gelijke mededingingsvoorwaarden

1.1. Achtergrond

Zowel de Elektriciteitsrichtlijn als de Gasrichtlijn bieden aan lidstaten de mogelijkheid om te zorgen voor gelijke mededingingsvoorwaarden op grond van de zogenoemde «level playing field» clause.¹ De introductie van deze clause, houdt verband met het feit dat er ingevolge het Derde Energiepakket verschillende types van marktorganisaties kunnen ontstaan, te weten:

- ondernemingen waar sprake is van een volledige eigendomsontvlechting van de transmissiesystemen. De eigendom van deze systemen is ten opzichte van activiteiten op het gebied van productie of levering volledig gescheiden,²*
- verticaal geïntegreerde bedrijven waarbij de transmissiesystemen in eigendom blijven van ondernemingen die ook activiteiten verrichten op het gebied van productie of levering. In dat geval,*
 - wordt een onafhankelijke systeembeheerder aangewezen voor het beheer van de transmissiesystemen,³ of*
 - zal het bedrijf beschikken over een onafhankelijke transmissiebeheerder.⁴*

In verband met deze verschillende types van marktorganisaties bieden de richtlijnen de lidstaten de ruimte om beschermingsmaatregelen te treffen ten behoeve van een gelijk speelveld op de Europese interne markt voor elektriciteit en gas.⁵ Hiermee wordt voorkomen dat ondernemingen die al aan het strengste regime voldoen door middel van volledige eigendomsontvlechting, een nadeligere positie op de interne markt verkrijgen ten opzichte van verticaal geïntegreerde bedrijven (die nog niet aan het strengste regime voldoen).

De beschermingsmaatregelen van de lidstaten moeten in overeenstemming zijn met het Europese recht en moeten gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang.⁶

1.2. Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel introduceert ter invulling van de «level playing field» clause uit de richtlijnen een toetsingsmogelijkheid door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (hierna: de Minister) ingeval van voorgenomen overnames in de energiesector. Elke wijziging van de zeggenschap in een productie-installatie met een nominaal elektrisch vermogen van meer dan 250 MW alsmede in een onderneming die een dergelijke productie-installatie beheert, moet door één van de betrokken partijen worden gemeld aan de Minister.⁷ In de Gaswet wordt een vergelijkbare bepaling opgenomen voor wijziging van de zeggenschap in

¹ Zie artikel 43 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 47 van de Gasrichtlijn. Deze artikelen luiden als volgt:

1. De maatregelen die de lidstaten uit hoofde van deze richtlijn kunnen nemen om voor gelijke mededingingsvoorwaarden te zorgen, moeten verenigbaar zijn met het Verdrag, met name artikel 30, en de Gemeenschaps-wetgeving.

2. De in lid 1 bedoelde maatregelen zijn evenredig, niet-discriminerend en transparant. Zij mogen uitsluitend worden toegepast na kennisgeving aan en goedkeuring van de Commissie.

3. De Commissie reageert op de in lid 2 bedoelde kennisgeving binnen twee maanden na ontvangst ervan. Deze termijn vangt aan de dag volgende op die waarop de volledige informatie is ontvangen. Indien de Commissie niet binnen deze periode van twee maanden heeft gereageerd, wordt zij geacht geen bezwaren te hebben tegen de maatregelen waarvan kennis is gegeven.

² Artikel 9, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn.

³ Artikel 13 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 14 van de Gasrichtlijn.

⁴ Hoofdstuk V van de Elektriciteitsrichtlijn en hoofdstuk IV van de Gasrichtlijn.

⁵ Zie ook overweging 22 van de Elektriciteitsrichtlijn en overweging 19 van de Gasrichtlijn. Hieruit blijkt dat de maatregelen ten behoeve van gelijke mededingingsvoorwaarden voortvloeien uit het feit dat er krachtens de richtlijn verschillende types van marktorganisaties zullen bestaan op de interne markt voor elektriciteit. In een interpretatieve mededeling van de Europese Commissie wordt in dit verband het volgende vermeld: «The call for a level playing field clause originally came from Member States that wanted to protect their unbundled production and supply companies from acquisitions by vertically integrated undertakings of other Member States. Zie Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie inzake «The Unbundling Regime», voetnoot 4, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/interpretative_note_en.htm.

⁶ Zie overweging 22 van de considerans van de Elektriciteitsrichtlijn, overweging 19 van de considerans van de Gasrichtlijn, artikel 43, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 47, eerste lid, van de Gasrichtlijn.

⁷ Zie het voorgestelde artikel 86f van de Elektriciteitswet 1998.

een LNG-installatie of een LNG-bedrijf.¹ De Minister kan vervolgens op grond van overwegingen van openbare veiligheid, voorzieningszekerheid of leveringszekerheid de wijziging in zeggenschap, verbieden of hieraan voorschriften verbinden. Deze maatregelen van de Minister behoeven op grond van het Derde Energiepakket in ieder individueel geval goedkeuring door de Europese Commissie.²

Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de toetsingsmogelijkheid door de Minister in het wetsvoorstel is opgenomen om invloed uit te kunnen oefenen op ongewenste overnames.³

1.3. Verhouding tot het Europese recht

a. Europese Concentratieverordening

Op grond van de Europese Concentratieverordening⁴ is de Europese Commissie exclusief bevoegd om overnames met een communautaire dimensie op mededingingsaspecten te beoordelen.⁵ De Commissie toetst daarbij of een overname de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze kan belemmeren. Daar het mogelijk is dat een wijziging in de zeggenschap in een productie-installatie, een LNG-installatie of een LNG-bedrijf binnen de werkingssfeer van de Concentratieverordening kan vallen, acht de Afdeling het van belang om te bezien hoe de in het wetsvoorstel opgenomen toetsingsmogelijkheid van overnames in de energieproductiesector zich verhoudt tot de Concentratieverordening.

In paragraaf 2.6 van de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de toetsing door de Minister op basis van het wetsvoorstel zich niet richt op mededingingsrechtelijke gronden. Het wetsvoorstel doorkruist derhalve niet de toetsing door de Commissie op grond van de Concentratieverordening, aldus de toelichting.

¹ Zie het voorgestelde artikel 66e van de Gaswet.

² Artikel 43, derde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 47, derde lid, van de Gasrichtlijn.

³ Memorie van Toelichting, paragraaf 4.

⁴ Verordening nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004, L 24/1.

⁵ Op grond van artikel 21, derde lid, van deze verordening passen de lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet toe op overnames met een communautaire dimensie. Van een «communautaire dimensie» is sprake indien de omzet van de bij de overname betrokken bedrijven boven de in artikel 1 van de verordening genoemde bedragen uitkomt. Overnames die hieraan niet voldoen, kunnen door de NMa beoordeeld worden op mededingingsrechtelijke gronden op basis van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet.

⁶ Zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie in zaak 72/83, Campus Oil van 10 juli 1984, Jur.1984, blz. 2 730, r.o. 34–35.

⁷ Zie het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-543/08, Commissie/Portugal van 11 november 2010 (www.curia.europa.eu).

⁸ Zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie in zaak 72/83, Campus Oil van 10 juli 1984, Jur.1984, blz. 2 730, r.o. 35, het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-54/99, Eglise de scientologie van 14 maart 2000, Jur.2000, blz. I-1335, r.o. 17; arrest van het Hof van Justitie in zaak C-543/08, Commissie/Portugal van 11 november 2010, r.o. 85 (www.curia.europa.eu).

Ingevolge artikel 21, vierde lid, van de Concentratieverordening kunnen de lidstaten passende maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die welke in de Concentratieverordening in aanmerking zijn genomen. Deze maatregelen moeten verenigbaar zijn met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het EU-recht. Met andere woorden, de Concentratieverordening laat de ruimte aan de lidstaten om maatregelen te nemen, zoals opgenomen in het wetsvoorstel, mits deze verenigbaar zijn met het Europese recht.

Artikel 21, vierde lid, van de Concentratieverordening noemt als voorbeeld van een gewettigd belang de openbare veiligheid. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) volgt dat leveringszekerheid en voorzieningszekerheid onder omstandigheden eveneens onder het belang van openbare veiligheid kunnen vallen.⁶ Het gaat dan met name om het veilig stellen van de energievoorziening in geval van crises, oorlog of terrorisme.⁷ Buiten deze omstandigheden kunnen leveringszekerheid en voorzieningszekerheid alleen als gewettigde belangen worden aangemerkt als bedoeld in artikel 21, vierde lid, van de Concentratieverordening, indien de Commissie deze als zodanig heeft erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Unierecht heeft onderzocht.

Van belang is dat een beroep op het belang van openbare veiligheid alleen kan slagen, indien sprake is van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.⁸ In voorkomende gevallen zal derhalve bezien moeten worden of een beroep op het belang van openbare veiligheid kan slagen in het kader

van de bescherming van de energiemarkt tegen een overname door een verticaal geïntegreerd bedrijf. Daarnaast moet getoetst worden op noodzakelijkheid en proportionaliteit van de nationale regeling. Zoals de Afdeling hierna ook zal opmerken, is in dat kader onder meer van belang in welke mate het Derde Energiepakket al voorziet in waarborgen ten behoeve van de leveringszekerheid en de voorzieningszekerheid en of de voorgestelde maatregelen daarmee niet verder gaan dan noodzakelijk is.

De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de verhouding van de voorgestelde toetsingsmogelijkheid van overnames in de energieproductiesector tot artikel 21, vierde lid, van de Concentratieverordening.

b. Excepties onder het vrije verkeer

De maatregelen die Nederland treft ten behoeve van een gelijk speelveld op de Europese interne markt voor elektriciteit en gas (meldingsplicht en toetsingsbevoegdheid voor overnames in de energieproductiesector), moeten niet alleen in overeenstemming zijn met de Europese Concentratieverordening. Zij dienen ingevolge de energierichtlijnen ook te stroken met het VWEU en de Uniewetgeving. Voorts geldt dat de maatregelen evenredig, niet-discriminerend en transparant dienen te zijn en dat zij uitsluitend mogen worden toegepast na kennisgeving aan en goedkeuring van de Commissie.¹

De voorgestelde meldingsplicht en toetsingsbevoegdheid voor overnames in de energieproductiesector kunnen een beperking opleveren van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in de artikelen 49 en 56 van het VWEU. Deze beperkingen behoeven een rechtvaardiging ingevolge de «level playing field» clausule uit de richtlijnen. Dit kunnen rechtvaardigingen zijn die worden genoemd in de artikelen 52 en 65 van het VWEU (de zogenoemde verdragsexcepties) en rechtvaardigingen die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie als dwingende redenen van algemeen belang (de zogenoemde «rule of reason» excepties). Voorts moeten de voorgestelde maatregelen geschikt zijn om het doel te verwezenlijken en mogen zij niet verder gaan dan noodzakelijk is.

Het wetsvoorstel bepaalt dat de Minister op grond van overwegingen van openbare veiligheid, voorzieningszekerheid of leveringszekerheid, elke wijziging in zeggenschap als hiervoor beschreven kan verbieden of er voorschriften aan kan verbinden.

In de artikelen 52 en 65 van het VWEU wordt de openbare veiligheid genoemd als verdragsexceptie. Zoals de Afdeling onder het vorige punt heeft opgemerkt, volgt uit de jurisprudentie van het HvJEU dat leveringszekerheid en voorzieningszekerheid onder dit belang kunnen vallen.² Aangenomen mag echter worden dat het verzekeren van de energievoorziening ook buiten deze omstandigheden als een dwingende reden van algemeen belang («rule of reason» exceptie) kan worden aangemerkt.³

Van belang is dat een beroep op de voorzienings- en leveringszekerheid als dwingende redenen van algemeen belang («rule of reason» exceptie) alleen kan slagen als de Nederlandse regering bepaalt welk niveau van leveringszekerheid en voorzieningszekerheid zij noodzakelijk acht in de energiesector. Tevens moet zij aangeven waarom de voorgestelde maatregel daartoe een geschikt en noodzakelijk middel vormt. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat de betrokken partijen bij de wijziging in zeggenschap alle moeten voldoen aan de eisen van het Derde Energiepakket, waarin onder andere regels worden gesteld over de

¹ Zie artikel 43 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 47 van de Gasrichtlijn.

² Zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie in zaak 72/83, Campus Oil van 10 juli 1984, Jur.1984, blz. 2 730, r.o. 34–35.

³ Zie in die zin het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 22 juni 2010, LJN: BM8495, r.o. 5.8.

voorzieningszekerheid en de leveringszekerheid op de interne markt.¹

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

1.4. Reikwijdte van de voorgestelde meldingsplicht en toetsingsbevoegdheid

De in artikel 86f van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 66e van de Gaswet voorgestelde meldingsplicht en toetsingsbevoegdheid geldt voor iedere wijziging met betrekking tot de zeggenschap in een productie-installatie met een nominaal elektrisch vermogen van meer dan 250 MW alsmede in ondernemingen die dergelijke installaties beheren, een LNG-installatie of een LNG-bedrijf.

De Afdeling merkt op dat de reikwijdte van het wetsvoorstel hiermee ruimer is dan de «level playing field» clause uit de Europese richtlijnen. Het wetsvoorstel introduceert een meldingsplicht en een toetsingsbevoegdheid ten aanzien van iedere wijziging van zeggenschap in productie-installaties, ondernemingen die dergelijke installaties beheren, LNG-installaties en LNG-bedrijven. Uit de toelichting blijkt niet waarom deze keuze is gemaakt. De Afdeling merkt in dit verband op dat de richtlijnen bepalen dat de nationale maatregelen evenredig moeten zijn, met andere woorden, dat de maatregelen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken.² Aangezien het doel van de richtlijnen is om een gelijk speelveld te creëren op de interne markt,³ zou de reikwijdte van de meldingsplicht en de toetsingsbevoegdheid beperkt moeten zijn tot die situaties waarin nog geen sprake is van een gelijk speelveld. Dit betreft situaties waarin een van de betrokken partijen een verticaal geïntegreerd bedrijf is en bij de andere betrokken partij reeds volledige eigendomsontvlechting heeft plaatsgevonden.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en zo nodig de reikwijdte van de meldingsplicht en de toetsingsbevoegdheid te beperken tot situaties waarin daadwerkelijk sprake is van een ongelijk speelveld.

1.5. Wijzigingen in zeggenschap in gasproductie-installaties, gasopslaginstallaties en gasopslagbedrijven

Op grond van het voorgestelde artikel 66e van de Gaswet geldt de toetsingsprocedure van de Minister alleen voor wijzigingen in zeggenschap van een LNG-installatie of een LNG-bedrijf. Blijkens de toelichting vloeit deze beperkte reikwijdte voort uit het feit dat de Minister al een vergelijkbare toets uitvoert ten aanzien van gasproductie-installaties, gasopslaginstallaties en gasopslagbedrijven. Deze toets voert hij uit bij het toekennen van een opsporingsvergunning, winningsvergunning of opslagvergunning op grond van de Mijnbouwwet.⁴

De Afdeling merkt hierover het volgende op. Nu de Minister, blijkens de toelichting, een vergelijkbare toets uitvoert ten aanzien van gasproductie-installaties, gasopslaginstallaties en gasopslagbedrijven, mogen eventuele maatregelen door de Minister alleen worden toegepast na kennisgeving aan en goedkeuring van de Commissie, op grond van artikel 47, tweede lid, van de Gasrichtlijn. In de toelichting wordt geen aandacht geschonken aan deze verplichting. De Afdeling acht dit wel wenselijk ten behoeve van een volledige en correcte implementatie van de «level playing field» clause uit de Derde Gasrichtlijn.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

¹ Zie in dit verband ook het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-503/99, Commissie tegen België van 4 juni 2002, Jur.2002, blz. I-4812, r.o. 25 en 54.

² Artikel 43, tweede lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 47, tweede lid, van de Gasrichtlijn.

³ Zie overweging 22 van de considerans van de Elektriciteitsrichtlijn en overweging 19 van de considerans van de Gasrichtlijn. Zie ook de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie inzake «The Unbundling Regime», http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/interpretative_note_en.htm.

⁴ Toelichting bij artikel II, onderdeel AR.

1.1. en 1.2. De Afdeling merkt op dat de achtergrond van de maatregelen ten behoeve van de gelijke mededingingsvoorwaarden voortvloeien uit het feit dat in het derde energiepakket verschillende opties bestaan voor de landelijke netbeheerders: volledige eigendomsontvlechting, aanwijzing van een onafhankelijke systeembeheerder of aanwijzing van een onafhankelijke transmissiebeheerder. Met de Afdeling deel ik de mening dat dit de achtergrond van deze maatregelen is. Echter, op basis van de tekst van dit artikel kan, om te kunnen voldoen aan de randvoorwaarde dat deze toets verenigbaar moet zijn met artikel 36 van het VWEU, alleen een toets worden uitgevoerd ter bescherming van publieke belangen zoals leveringszekerheid en voorzieningszekerheid. Het waarborgen van eerlijke mededinging of gelijk speelveld is een economisch belang dat – gelet op de formulering van de bepaling – zelfstandig onvoldoende aanleiding of grondslag kan bieden voor een toetsing. Om deze reden is in het wetsvoorstel gekozen voor een «vangnetbepaling» om vanuit deze publieke belangen invloed uit te kunnen oefenen op ongewenste overnames.

1.3.

a. Aan het advies van de Afdeling om in het wetsvoorstel nader in te gaan op de verhouding met de Europese concentratieverordening, en in het bijzonder artikel 21, vierde lid, van deze verordening, is in de artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel AJ, gevolg gegeven.

b. Met de Afdeling deel ik de analyse dat rechtvaardigingen die zijn genoemd in de artikelen 52 en 56 van het VWEU alsmede de in de jurisprudentie erkende dwingende redenen van algemeen belang relevant zijn voor de toetsingsbevoegdheid van overnames in de energiesector, die op basis van het wetsvoorstel moeten worden gemeld. Leveringszekerheid en voorzieningszekerheid kunnen onder dit belang vallen. De Afdeling meent echter, onder verwijzing naar de uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 22 juni 2010, dat een beroep op leverings- en voorzieningszekerheid als dwingende reden van algemeen belang alleen kan slagen als wordt bepaald welk niveau van leveringszekerheid en voorzieningszekerheid noodzakelijk is. Zoals bekend heeft de Staat tegen de drie uitspraken van het Gerechtshof Den Haag cassatie ingesteld. Eén van de elementen die daarbij wordt betwist is precies deze visie van het Gerechtshof die door de Staat dan ook volledig wordt verworpen: de door het Gerechtshof gestelde eisen gaan te ver en vinden geen steun in de Europese jurisprudentie. Voldoende is dat is aangegeven waarom de (verondersteld) belemmerende maatregel een geschikt en noodzakelijk middel kan vormen om de leveringszekerheid in algemene zin te garanderen, ook op de lange termijn, althans dat er alles aan zal worden gedaan om te voorkomen dat zich problemen op het vlak van de leveringszekerheid gaan voordoen. Daarom is het streven – mede gezien de omvang van de problemen als het risico zich manifesteert – die risico's zo goed mogelijk te minimaliseren. De level playing field clause vormt een geschikt en noodzakelijk middel om die situatie te bereiken. Deze visie vindt steun in de Europese jurisprudentie (zie bijvoorbeeld arrest HvJEG Commissie/België, zaak C-503/99, overwegingen 49–53). Mogelijk is er sprake van een verwarring met de verplichting die de Europese jurisprudentie wel stelt, namelijk dat voor de desbetreffende investeerder vooraf duidelijk moet zijn of hij onderworpen is aan de meldingsplicht, wat de procedure is in combinatie met een vorm van rechtsbescherming (zie arrest HvJEG Commissie/Frankrijk, zaak C-483/99, overwegingen 45 tot en met 54). In dat kader is, in aanvulling op de in het wetsvoorstel opgenomen artikelen, voorzien in een ministeriële regeling die de procedure nader invult. Om niet vooruit te lopen op de uitkomsten van de cassatie, is er tot slot voor gekozen om de toelichting op dit punt niet nader aan te vullen.

1.4. De Afdeling merkt op dat de reikwijdte van het wetsvoorstel ruimer is dan de «level playing field» clausule uit de Europese richtlijnen. Anders dan de Afdeling meent ik dat de voorgestelde wijze van implementatie wel in lijn is met het desbetreffende artikel uit de richtlijnen. In paragraaf 2.6 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is, in lijn met het advies van de Afdeling, nader ingegaan op de reikwijdte van de meldingsplicht.

1.5. De Afdeling merkt op dat de maatregelen die worden genomen ten aanzien van gasproductie-installaties, gasopslaginstallaties en gasopslagbedrijven, omdat zij als alternatief dienen voor een toetsing onder de level playing field clausule, ter goedkeuring aan de Commissie zouden moeten worden voorgelegd ter toetsing aan artikel 47, tweede lid, van de derde gasrichtlijn. Dit standpunt van de Afdeling deel ik niet. Immers, dat bij vergunningen die op basis van de Mijnbouwwet worden afgegeven, op bepaalde zaken wordt getoetst en dat hierdoor een toets in het kader van de level playing field clausule niet meer nodig is, wil niet zeggen dat deze maatregelen op basis van de level playing field clausule worden genomen en derhalve aan de Europese Commissie dienen te worden voorgelegd. Bovenstaande is in de artikelsgewijze toelichting op artikel II, onderdeel AR, uiteengezet.

2. Onafhankelijkheid van de NMa als regulerende instantie

Artikel 35 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 39 van de Gasrichtlijn bevatten nieuwe voorschriften ten aanzien van de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties.¹ In het wetsvoorstel wordt de NMa aangewezen als de regulerende instantie in het kader van de richtlijnen.² Ter implementatie van de Europese onafhankelijkheidseisen, bepaalt het wetsvoorstel dat de Minister zich onthoudt van instructies die op een individuele zaak betrekking hebben. Voorts zullen de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit en het personeel geen instructies verlangen of ontvangen die op een individuele zaak betrekking hebben.³

De Afdeling merkt op dat aan het voorschrift uit de richtlijnbevestigingen over het onthouden van instructies in een individuele zaak is toegevoegd, dat het «de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in [de richtlijnen] genoemde reguleringsstaken, onverlet laat».⁴ Met een a contrario redenering zou dit impliceren dat de lidstaten niet langer bevoegd zijn algemene beleidsregels uit te vaardigen over de in de richtlijnen genoemde reguleringsstaken.

De Minister ziet dit laatste kennelijk anders.⁵ Blijkens de toelichting is hij van oordeel dat het op voorhand uitsluiten van de mogelijkheid ingevolge artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen een beleidsregel op te stellen over de reguleringsstaken van de NMa, gelet op de energierichtlijnen niet nodig en evenmin gewenst is. «Indien de wens bestaat een beleidsregel uit te vaardigen, aldus de toelichting, zullen daarbij uiteraard de grenzen die de richtlijn stelt aan de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instantie in acht worden genomen».⁶

De interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instanties biedt geen helder uitsluitsel over deze kwestie. De mededeling erkent dat de richtlijnbevestigingen de nationale overheden niet hun bevoegdheden ontnemen om het beleidskader te formuleren waarbinnen de nationale regulerende instanties hun taken moeten uitoefenen: «The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that,

¹ In overweging 33 van de Elektriciteitsrichtlijn wordt de aanleiding voor deze aanscherping als volgt beschreven: «Bij richtlijn 2003/54/EG is voor de lidstaten de eis ingevoerd om regulators met specifieke bevoegdheden op te zetten. De ervaring heeft echter uitgewezen dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de regulators van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun bevoegdheden en beslissingsmacht.

² Het voorgestelde artikel 5, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 en het voorgestelde artikel 1a, tweede lid, van de Gaswet. De NMa is een zelfstandig bestuursorgaan en onafhankelijk en juridisch gescheiden van andere publieke en private entiteiten. Het voldoet hiermee aan de eisen die worden gesteld in artikel 35, vierde lid, onderdeel a, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 39, vierde lid, onderdeel a, van de Gasrichtlijn.

³ Het voorgestelde artikel 6 van de Elektriciteitswet 1998 en het voorgestelde 1f van de Gaswet.

⁴ Zie artikel 35, vierde lid, onderdeel b, sub ii, laatste zin, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 39, vierde lid, onderdeel b, sub ii, laatste zin, van de Gasrichtlijn.

⁵ Zie de transponeringstabel bij het wetsvoorstel, memorie van toelichting, hoofdstuk III. De transponeringstabel verwijst voor de implementatie van deze bepalingen naar hoofdstuk 2 van de Mw. De Afdeling merkt op dat door de inwerkingtreding van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen hoofdstuk 2 van de Mw is aangepast. Hierdoor is de bevoegdheid voor de Minister om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de NMa toegekende bevoegdheden niet langer opgenomen in de Mw, maar in artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets». De mededeling vervolgt dat de overheden echter geen algemene beleidsrichtsnoeren mogen opstellen die inbreuk maken op de onafhankelijkheid en autonomie van de nationale regulerende instanties.¹

Gelet op het voorgaande komt het de Afdeling voor dat het in ons staatsbestel geldende uitgangspunt van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de vaststelling van het beleid door zelfstandige bestuursorganen onaangetast blijft. Met de Minister kan worden geoordeeld dat de energierichtlijnen niet uitsluiten dat algemene beleidsregels kunnen worden uitgevaardigd ingevolge artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Deze opvatting wordt bevestigd door de interpretatieve mededeling van de Commissie die inhoudt dat de richtlijnen de bevoegdheid van de regering om het beleidskader vast te stellen waarbinnen de nationale toezichthouder moet functioneren, onverlet laat. Tegelijk echter duiden de richtlijnen op grenzen en is duidelijkheid gewenst waarop deze beleidsregels al dan niet betrekking kunnen hebben.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de vraag hoe de richtlijnbepalingen zich verhouden tot artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en zo mogelijk met voorbeelden te illustreren voor welke reguleringstaken de minister zich bevoegd acht beleidsregels op te stellen. Zij adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

2. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in paragraaf 2.3 in het algemeen deel van de memorie van toelichting en in de artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel C (artikel 6 van de Elektriciteitswet 1998) nader ingegaan op de verhouding tussen enerzijds artikel 35 van de derde elektriciteitsrichtlijn en artikel 39 van de derde gasrichtlijn en anderzijds artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Ook is in navolging van het advies van de Afdeling nader ingegaan op de vraag voor welke reguleringstaken de minister beleidsregels op zou kunnen stellen.

3. «Cross border lease» contracten

Op grond van het Derde Energiepakket moet een beheerder van een transmissiesysteem eveneens beschikken over de eigendom van dit systeem.² Dit vereiste geldt niet indien op 3 september 2009 sprake was van een verticaal geïntegreerd bedrijf.³ In dat geval blijft de eigendom van het transmissiesysteem bij het verticaal geïntegreerde bedrijf en wordt een onafhankelijke systeembeheerder respectievelijk een onafhankelijke transmissiebeheerder aangewezen voor het beheer van het transmissiesysteem.⁴

Artikel VII van het wetsvoorstel bevat een overgangsregime voor de hoogspanningsnetten (transmissiesystemen) die zijn onderworpen aan zogenoemde «cross border lease» (hierna: CBL) contracten. De toelichting vermeldt dat deze netten tijdelijk worden uitgezonderd van de eis dat de eigendom van het net berust bij de netbeheerder, in beginsel tot de rechten van de investeerders zijn beëindigd.⁵ Met de wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer is het overgangsregime eveneens van toepassing verklaard op netten met een spanningsniveau van 110 kV en van 150 kV.⁶

¹ Zie de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie inzake «The Regulatory Authorities», http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/interpretative_note_en.htm, blz. 7.

² Zie artikel 9, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn.

³ Een verticaal geïntegreerd bedrijf is een bedrijf waar zowel de functie van transmissie of distributie en de functie van productie of levering van elektriciteit of gas worden verricht.

⁴ Zie artikel 9, achtste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.

⁶ Zie artikel IV van de Wet van 23 november 2006 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer, Stb. 2006, 614.

In het eerste lid van artikel VII van het wetsvoorstel is bepaald dat het beheer van de netten door de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet geschiedt in overeenstemming met de rechten van derden die voortvloeien uit een CBL-contract. Ingevolge het tweede lid van artikel VII behoeft de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet niet over de eigendom van die netten te beschikken, indien ingevolge een CBL-contract een ander over de eigendom van die netten beschikt. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet in die gevallen waarin sprake is van een CBL-contract, niet hoeft te voldoen aan de vereisten van de Elektriciteitsrichtlijn, te weten dat hij beschikt over de eigendom van het net dat hij beheert.

De Afdeling merkt op dat de toelichting niet vermeldt hoe het overgangsregime van artikel VII van het wetsvoorstel zich verhoudt tot de Elektriciteitsrichtlijn. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

3. De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de verhouding tussen het overgangsregime van artikel VII van het wetsvoorstel en de derde elektriciteitsrichtlijn. In de toelichting op artikel VII is aan dit advies gevolg gegeven.

4. Regime toegang gasopslag

4.1 Het voorgestelde regime

Artikel 33 van de Gasrichtlijn heeft betrekking op de toegang tot opslaginstallaties, voor zover dit technisch en/of economisch noodzakelijk is voor de efficiënte toegang tot het systeem voor de levering aan afnemers. Op grond van de richtlijn mogen de lidstaten kiezen voor een systeem van onderhandelde en/of gereguleerde toegang.

De huidige Gaswet maakt een onderscheid tussen gasopslagbedrijven met en zonder een economische machtspositie.¹ De NMa heeft thans diverse bevoegdheden ten aanzien van gasopslagbedrijven met een economische machtspositie, waardoor sprake is van een specifieke vorm van gereguleerde toegang.²

In het wetsvoorstel wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen de (eventuele machtspositie van) verschillende gasopslagbedrijven; er wordt één regime van onderhandelde toegang geïntroduceerd voor alle gasopslagbedrijven.³ Daarmee vervallen de bevoegdheden van de NMa, hetgeen impliceert dat:

- de NMa geen bindende aanwijzingen meer kan geven met betrekking tot de indicatieve tarieven en voorwaarden;*
- een gasopslagbedrijf de tarieven en voorwaarden die het bedrijf in het volgende kalenderjaar voornemens is te hanteren, niet meer aan de NMa zendt;⁴*
- de NMa geen termijn meer kan stellen waarbinnen onderhandelingen afgerond moeten zijn;*
- de specifieke bevoegdheid ten aanzien van geschillenbeslechting voor de NMa vervalt. Er zal uitsluitend een algemene bepaling gelden ten aanzien van de geschillenbeslechting.⁵*

De Afdeling merkt het volgende op over de motivering van de keuze voor het voorgestelde regime voor gasopslagbedrijven.

¹ De artikelen 18 tot en met 18f van de Gaswet gelden voor gasopslagbedrijven met een economische machtspositie. Artikel 18g voorziet in regels voor de overige gasopslagbedrijven.

² Zo kan de NMa bindende aanwijzingen geven met betrekking tot de indicatieve tarieven en voorwaarden (artikel 18a, tweede lid, Gaswet), kan de NMa op verzoek van één of meer betrokken partijen een termijn stellen waarbinnen de onderhandelingen afgerond moeten zijn (artikel 18c, vierde lid, Gaswet) en wordt een aantal geschillen door de NMa beslecht overeenkomstig een specifieke procedure (artikel 18e, eerste lid, Gaswet).

³ De voorgestelde artikelen 18g tot en met 18gb van de Gaswet.

⁴ Artikel 18b, derde lid, van de Gaswet.

⁵ Het voorgestelde artikel 19 van de Gaswet.

4.2 Motivering van het voorgestelde regime

Naar het oordeel van de Europese Commissie zijn de volgende aspecten van belang bij een keuze tussen gereguleerde en onderhandelde toegang tot gasopslag:

- Is er sprake van marktwerking? Bestaat er concurrentie op de markt voor gasopslag waardoor tarieven en voorwaarden tot stand komen als gevolg van een marktmechanisme?
- Is sprake van effectieve toegang tot gasopslag? Of is er jaarlijks slechts een kleine opslagcapaciteit beschikbaar voor de markt?
- Is de capaciteit grotendeels alleen beschikbaar voor een grote onderneming?¹

Ter onderbouwing van zijn keuze voor een regime van onderhandelde toegang, wijst de Minister erop dat er thans veel meer flexibiliteit beschikbaar is voor marktpartijen dan in 2000 toen het regime van gereguleerde toegang in de Gaswet werd opgenomen. In de toelichting wordt in dit verband gewezen op het feit dat het verhandelde volume op de Nederlandse gashandelsplaats, te weten «Title Transfer Facility» (hierna: TFF) is gestegen.² Uit de toelichting blijkt niet in welke mate de TFF bijdraagt aan de marktwerking van gasopslag en in hoeverre de werking van de TFF als argument kan dienen ter ondersteuning van de keuze voor onderhandelde toegang.

¹ Interpretatieve mededeling Commissie, «Third-party access to storage facilities», paragraaf 6.2.2.

² Title Transfer Facility (de TTF) is een virtuele marktplaats waar GTS aan marktpartijen de mogelijkheid biedt om gas dat al in het GTS-systeem aanwezig is («entry-paid gas») over te dragen aan een andere partij. Via de TTF kan gas dat via een entripunt is ingebracht in het landelijk gastransportnet, voordat het op een exitpunt het landelijk gastransportnet verlaat, gemakkelijk van eigenaar wisselen. De TTF dient om de handel in gas te bevorderen. Zie website http://www.gastransportservices.nl/shippers/onze_diensten/ttf_gasbeurs.

³ In een rapport van de Energiekamer wordt vermeld dat er in Nederland in 2008 twee gasopslagen voor seizoensflexibiliteit operationeel waren met een werkvolume rond 45 TWh en een uitzendcapaciteit rond 45 GW. De opslagcapaciteit van Grijpskerk (H-gas) kent 11% derdentoegang, de rest van de capaciteit van Grijpskerk en alle opslagcapaciteit van Norg (L-gas) is gereserveerd door operator NAM. Deze gereserveerde capaciteit is uitsluitend toebedeeld aan Gasterra. Energiekamer, Monitor Groothandelmarkten Gas en Elektriciteit, 2009, blz. 22.

⁴ Energiekamer, De Nederlandse energiemarkten in 2009, streefbeeld – knelpunten – maatregelen, blz. 26.

⁵ Uit een rapport van de Energiekamer blijkt dat in 2008 ten aanzien van de korte termijn flexibiliteit ruim 11 TWh werkvolume beschikbaar was en bijna 29 GW uitzendcapaciteit aangesloten was op het Nederlandse hogedruknet. Hierbij werd benadrukt dat operators Essent, Nuon en RWE deze gebruikten voor eigen doeleinden zonder derden toegang, operator taqa van de opslag in Alkmaar stelde 7% beschikbaar voor derden toegang. Zie rapport Energiekamer, Monitor Groothandelmarkten Gas en Elektriciteit, 2009, blz.22.

Voorts heeft de NMa in een uitvoerings- en handhavingstoets naar aanleiding van het wetsvoorstel benadrukt dat de markt wordt gekenmerkt door een hoge concentratie in het aanbod van gasopslag en dat vooral op de markt van seizoensflexibiliteit geen alternatieven beschikbaar zijn voor de bestaande opslagen.³ In een dergelijke marktsituatie vormen onderhandelingen geen goed middel om te komen tot redelijke en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden, aldus de NMa. In dit verband wordt opgemerkt dat een nieuw te ontwikkelen gasopslag in Bergermeer wel een grote bron van seizoensflexibiliteit kan zijn.⁴ De toelichting vermeldt niet of de concentratie in het aanbod van gasopslag hiermee zodanig wordt verminderd, dat een vorm van gereguleerde toegang niet meer noodzakelijk is. Voorts wordt geen aandacht geschonken aan de vraag of de tarieven en voorwaarden in het kader van de seizoensflexibiliteit tot stand komen op grond van een marktmechanisme. Deze aspecten zijn van belang in verband met de motivering voor de keuze voor onderhandelde toegang.

Tot slot vermeldt de toelichting ten aanzien van de keuze voor onderhandelde toegang dat leveranciers hun eigen ondergrondse bergingen hebben ontwikkeld en dat Gasunie, Nuon en Eneco thans gasopslag (installaties) realiseren. Niet blijkt uit de toelichting of deze gasopslagfaciliteiten ook ter beschikking worden gesteld aan derden, waardoor er voldoende concurrentie op de markt voor gasopslag bestaat en waardoor er sprake is van een effectieve toegang voor derden tot gasopslag.⁵ Deze aspecten zijn volgens de Europese Commissie eveneens van belang voor de motivering van de keuze voor gereguleerde toegang.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling om in de toelichting te motiveren dat de marktsituatie in Nederland de keuze voor het regime van onderhandelde toegang rechtvaardigt. In dit kader acht de Afdeling van belang of de mogelijkheden voor de toegang van derden tot gasopslag (vooral ten aanzien van seizoensflexibiliteit en korte termijn opslag) zodanig zijn verbeterd dat geen noodzaak meer bestaat aan een vorm van gereguleerde toegang, in die zin dat geen noodzaak meer bestaat aan bescherming van derden bij onderhandelingen en daarmee aan bevoegdheden van de NMa terzake.

De Afdeling adviseert de toelichting overeenkomstig het vorenstaande aan te vullen.

4. Zoals de Afdeling adviseert, is paragraaf 2.7 van het algemeen deel van de memorie van toelichting herzien en aangevuld om duidelijker tot uitdrukking te brengen op welke gronden is gekozen voor een regime van onderhandelde toegang. Daarbij is specifiek ingegaan op de toegenomen mogelijkheden van marktpartijen om te voorzien in de wisselende vraag naar gas zonder dat toegang tot een gasopslaginstallatie technisch en/of economisch noodzakelijk is voor een efficiënte toegang tot het systeem voor de levering aan netgebruikers. Momenteel zijn die andere mogelijkheden voldoende aanwezig. Deze diensten worden onder andere via de energiebeurs APX-ENDEX op het TTF aangeboden. De tarieven en voorwaarden komen derhalve tot stand op basis van een marktmechanisme. Als er al toegang moet worden verleend tot een gasopslag, zullen de voorwaarden voor deze toegang door middel van onderhandelingen tot stand komen. Daarmee wordt maximale ruimte gegeven aan partijen om zelf te komen tot voorwaarden en tarieven door de toegang tot een gasopslag.

5. Implementatietechniek

5.1 Keuze implementatiestrategie

In het wetsvoorstel is ervoor gekozen om uitsluitend de noodzakelijke aanpassingen aan te brengen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet om te voldoen aan het Derde Energiepakket. Uit de toelichting blijkt dat de Minister hiervoor heeft gekozen omdat:

- volledige aansluiting bij de tekst van de energierichtlijnen tot een ingrijpende aanpassing van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zou nopen;*
- sommige onderdelen van de richtlijnen ongewijzigd zijn gebleven ten opzichte van de Tweede Elektriciteits- en Gasrichtlijn;*
- het beter past bij de benadering dat een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat en dat lidstaten de bevoegdheid hebben om bij de implementatie vorm en middelen te kiezen;*
- de korte implementatietermijn van het Derde Energiepakket in de weg staat aan een ingrijpende herziening.¹*

De Afdeling merkt op dat de beleidsruimte die de lidstaten hebben op het gebied van elektriciteit en gas steeds kleiner wordt. Vanuit Europa wordt gestreefd naar een interne markt voor elektriciteit en gas. Ingevolge het Derde Energiepakket dienen de lidstaten, de nationale regulerende instanties (NMa) en de transmissiesysteembeheerders veel meer op Europees niveau samen te werken in vergelijking met het Tweede Energiepakket.² Dit is eenvoudiger als in de nationale wetgeving met dezelfde begrippen en uitgangspunten wordt gewerkt als in de Europese. De Afdeling beseft dat de implementatietermijn reeds is verstreken, maar vindt het gelet op het vorenstaande desalniettemin wenselijk om de Nederlandse energiewetgeving zo snel mogelijk nauwer aan te laten sluiten bij de tekst van de richtlijnen en de verordeningen. Dit verbetert de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van deze wetgeving.³ De NMa wijst hier in haar uitvoerings- en handhavingstoets eveneens op.¹

De Afdeling adviseert de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zo snel mogelijk nauwer te laten aansluiten bij de begrippen en uitgangspunten in de Europese wetgeving ter zake.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.

² Zie bijvoorbeeld het nieuwe artikel 6 van de Elektriciteitsrichtlijn, het nieuwe artikel 5 van Verordening 1775/2005 en Verordening 713/2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators.

³ Zie in dit verband bijvoorbeeld het verschil in aanduiding van netwerksystemen. De Elektriciteitsrichtlijn gaat uit van de begrippen transmissiesysteem en distributiesysteem. De Elektriciteitswet 1998 gaat daarentegen uit van de begrippen «landelijk hoogspanningsnet» en «andere netten dan het landelijk hoogspanningsnet» gehanteerd. De definitiebepalingen van de Europese begrippen en de Nederlandse regelgeving lopen op dit punt dus uiteen wat in de praktijk verwarrend is.

5.2 Overige opmerkingen over de implementatie van het Derde Energiepakket

Onverminderd het vorenstaande merkt de Afdeling het volgende op over de implementatie van de volgende richtlijnbepalingen in het wetsvoorstel.

a. In artikel 6, tweede lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 7, tweede lid, van de Derde Gasrichtlijn is bepaald dat het Agentschap samenwerkt met de nationale regulerende instanties en de transmissiesysteembeheerders. De samenwerking van de NMa met het Agentschap is expliciet geregeld in het voorgestelde artikel 5, vierde lid, onderdeel b, van de Elektriciteitswet 1998, respectievelijk in het voorgestelde artikel 1a, vierde lid, onderdeel b, van de Gaswet. De samenwerking van het Agentschap met transmissiesysteembeheerders wordt niet geïmplementeerd. Ten behoeve van een volledige implementatie, adviseert de Afdeling om deze samenwerking toe te voegen aan artikel 16, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998, respectievelijk aan artikel 10a van de Gaswet. In dit artikel wordt reeds de samenwerking van de netbeheerder van het landelijke hoogspanningsnet respectievelijk het landelijke gastransportnet met andere transmissiebeheerders geïntroduceerd.

b. Op grond van artikel 25, vijfde lid van de Elektriciteitsrichtlijn kopen distributiesysteembeheerders energie, die zij gebruiken om energieverliezen te dekken en te voorzien in reservecapaciteit, in volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures. De transponeringstabel vermeldt dat dit artikel reeds geïmplementeerd is in artikel 16, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998. Dit artikel heeft echter betrekking op de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet en derhalve niet op distributiesysteembeheerders. De Afdeling adviseert op het wetsvoorstel aan te vullen ten behoeve van een volledige en correcte implementatie van artikel 25, vijfde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn.

c. Ten behoeve van een volledige implementatie van de artikelen 10, achtste lid en 41, vierde lid, onderdelen b en e van de Gasrichtlijn en artikel 3, derde lid en artikel 25 van Verordening inzake de toegang tot aardgastransmissienetten in het voorgestelde artikel 1g, eerste lid, van de Gaswet regelen dat de NMa van netbeheerders gegevens en inlichtingen kan verlangen (Vergelijk artikel 7, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998).

d. Ten behoeve van een volledige implementatie van artikel 11, tweede lid, van de Gasrichtlijn in het voorgestelde artikel 2b van de Gaswet bepalen dat de interconnector-beheerder de NMa in kennis stelt van omstandigheden die ertoe zouden kunnen leiden dat een persoon uit een derde land zeggenschap zou kunnen verkrijgen over een landsgrensoverschrijdend net met gelijkstroom of de interconnector. Het is naar het oordeel van de Afdeling wenselijk om deze verplichting in het wetsvoorstel op te nemen, mede gelet op het voorgestelde artikel 2, zesde lid, Gaswet dat een vergelijkbare meldingsplicht bevat.

e. Artikel 33 van derde Gasrichtlijn (toegang tot gasopslag) voorziet in regels voor de toegang tot opslaginstallaties, wanneer die technisch en/of economisch noodzakelijk is. In een interpretatieve mededeling van de Commissie wordt gesteld dat de nationale regulerende instanties of de lidstaten verplicht zijn om criteria vast te stellen op grond waarvan bepaald kan worden of de opslag technisch en/of economisch noodzakelijk is.¹ Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet of en op welke wijze aan deze verplichting gevolg wordt gegeven. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

¹ Interpretatieve mededeling van de Commissie «Third-Party access to storage facilities», blz. 9.

5.1. De Afdeling merkt op dat het eenvoudiger is in de nationale wetgeving met dezelfde begrippen en uitgangspunten te werken als in de Europese regelgeving, en adviseert de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet zo snel mogelijk nauwer te laten aansluiten bij de begrippen en uitgangspunten in de Europese wetgeving. Dit advies wordt onderschreven. In 2011 voert de NMa een evaluatie uit van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. In deze evaluatie zal vooral aandacht worden besteed aan de vraag of de in deze wetten genoemde doelstellingen effectiever en efficiënter kunnen worden vormgegeven. Het gaat dan onder andere om deregulering, dejuridisering en vermindering van de uitvoerings- en toezichtslasten en vermindering van de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten (zie ook de Regeling evaluatie Elektriciteitswet 1998 en Gaswet en de toelichting hierop in Staatscourant 2011, 5405). Deze evaluatie zal naar verwachting leiden tot een meer ingrijpende herziening van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet waarbij, in navolging van het advies van de Raad van State, ook aandacht zal worden besteed aan een nauwere aansluiting bij de Europese richtlijnen.

5.2. De Afdeling maakt over de implementatie een aantal opmerkingen.

- a. Met de Afdeling meen ik dat artikel 6, tweede lid, van de derde elektriciteitsrichtlijn en artikel 7, tweede lid, van de derde gasrichtlijn nadere implementatie behoeven. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn artikel 16, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10a van de Gaswet aangepast, alsmede de artikelsgewijze toelichting op de wijziging van deze artikelen en de transponeringstabel.
- b. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling over de implementatie van artikel 25, vijfde lid, van de derde elektriciteitsrichtlijn is artikel 16, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998 aangepast en de toelichting op de wijziging van dit artikel aangevuld.
- c. De Afdeling adviseert om aan artikel 1g, eerste lid, van de Gaswet toe te voegen dat de NMa van de netbeheerders gegevens en inlichtingen kan verlangen. In het voorgestelde artikel 1g van de Gaswet wordt neergelegd dat de NMa van «gasbedrijven» inlichtingen en gegevens kan verlangen. Volgens de definitie van artikel 1, onderdeel j, van de Gaswet wordt onder een gasbedrijf mede een netbeheerder verstaan. Om deze reden is het niet nodig om een netbeheerder toe te voegen aan het voorgestelde artikel 1g.
- d. Met de Afdeling meen ik dat het wenselijk is dat de interconnectorbeheerder de NMa in kennis stelt van omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot de herziening van de beschikking van de NMa dat de interconnectorbeheerder voldoet aan de relevante bepalingen. Het wetsvoorstel behoeft op dit punt echter geen aanpassing omdat dit al is geregeld door de van toepassing verklaring van het voorgestelde artikel 2, zesde lid, in artikel 2b, eerste lid.
- e. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in het voorgestelde artikel 18g de mogelijkheid opgenomen om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen over de vraag wanneer er sprake is van technische of economische noodzakelijkheid voor een efficiënte toegang tot het systeem voor de levering aan netgebruikers. Het is de bedoeling deze regels uitsluitend te stellen indien hierover onduidelijkheid zou ontstaan of indien marktomstandigheden daartoe aanleiding zouden geven. Omdat de richtlijn zelf niet verplicht tot het stellen van deze criteria, is het scheppen van de mogelijkheid daartoe voldoende.

6. Netten aangelegd voor recreatieve doeleinden

Op grond van de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn worden alle elektriciteits- en gasnetten beheerd door netbeheerders, die tevens specifieke taken krijgen toebedeeld.¹ In Nederland worden netten die zijn aangelegd voor recreatieve doeleinden veelal niet beheerd door een

¹ Zie artikelen 24 en 25 Elektriciteitsrichtlijn en 24 en 25 Gasrichtlijn.

netbeheerder. In een aantal gevallen is op grond van het huidige artikel 15 van de Elektriciteitswet 1998 of artikel 2a van de Gaswet een ontheffing verleend ten aanzien van de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen. In andere gevallen is er geen ontheffing verleend en wordt de situatie, waarin geen netbeheerder is aangewezen, gedoogd.¹ Deze praktijk is niet in overeenstemming met de eisen die voortvloeien uit de richtlijnen.²

Om de Nederlandse praktijk in overeenstemming te brengen met de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn, voorziet het wetsvoorstel in een speciaal regime voor netten die zijn aangelegd voor recreatieve doeleinden.² De artikelen X tot en met XVIII van het wetsvoorstel bepalen, kort gezegd, dat netten voor recreatieve doeleinden worden beheerd door de eigenaar van die netten, tenzij de Minister een netbeheerder heeft aangewezen.³ Deze netbeheerders krijgen na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel drie jaren de tijd om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn, zoals derden-toegang en gereguleerde tarieven.⁴ Bovendien kunnen de netbeheerders een vergoeding krijgen voor de (extra) kosten ten behoeve van de noodzakelijke aanpassingen van de netten. Hiermee wordt voorkomen dat de netbeheerders er financieel op achteruit gaan als zij een recreatienet gaan beheren.⁵

Uit de toelichting blijkt niet hoe het overgangsregime voor de netten die zijn aangelegd voor recreatieve doeleinden, zich verhoudt tot de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn.⁶

De Afdeling adviseert in de toelichting nader hierop in te gaan.

6. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de toelichting op de artikelen X tot en met XVIII nader ingegaan op de verhouding tussen het overgangsregime voor netten die zijn aangelegd voor recreatieve doeleinden enerzijds en de derde elektriciteitsrichtlijn en de derde gasrichtlijn anderzijds.

7. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

7. De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt.

8. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt het wetsvoorstel en de memorie van toelichting op enkele punten aan te passen. In artikel I, onderdeel G (artikel 10Aa, vijfde lid, van de Elektriciteitswet 1998) is een zinsnede toegevoegd om te verduidelijken op welke wijze met de vaststelling van de tarieven moet worden omgegaan indien de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet is aangewezen als interconnector-beheerder.

Het voorgestelde artikel 9b van de Gaswet (artikel II, onderdeel M) is herschreven om ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen in welke gevallen een gasopslagbedrijf onafhankelijk moet zijn van andere, niet met gastransport of gasopslag samenhangende activiteiten.

De voorgestelde artikelen 18g en artikel 18ga van de Gaswet zijn in artikel II, onderdelen Z en AA, herschreven om deze artikelen te verduidelijken en nauwer aan te laten sluiten bij de richtlijn. Het oorspronkelijk voorgestelde artikel 18gb kon hierdoor vervallen.

Verder zijn in artikel II, onderdeel AT, aan artikel 82 van de Gaswet twee leden toegevoegd om het mogelijk te maken dat als capaciteit wordt toegedeeld door middel van een veiling of een andere marktconforme

¹ Toelichting bij de artikelen X tot en met XVIII.

² De toelichting bij de artikelen X tot en met XVIII noemt als voorbeeld van een dergelijk net, een net ten behoeve van een bungalowpark waar (gedeeltelijk) sprake is van grond in eigendom van de eigenaren van recreatiebungalows, en niet in eigendom van de eigenaar van dit recreatiepark.

³ Zie artikel XIII, eerste lid, van het wetsvoorstel.

⁴ Zie artikel X, vierde lid en artikel XIV, vierde lid van het wetsvoorstel.

⁵ Artikel I, onderdeel X en artikel II, AS van het wetsvoorstel.

⁶ Artikel 49 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 54 van de Gasrichtlijn bepalen dat de lidstaten de bepalingen met ingang van 3 maart 2011 toepassen. Een uitzondering hierop vormen de bepalingen ten aanzien van de ontvlechting van transmissiesystemen. Deze bepalingen gelden op grond van artikel 9, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn per 3 maart 2012. Hierbij zij opgemerkt dat de netten aangelegd voor recreatieve doeleinden, distributienetten zijn en geen transmissiesystemen.

methode, de NMa de opbrengsten hieruit kan betrekken bij de methode van regulering die zij op grond van artikel 82 van de Gaswet vaststelt. De memorie van toelichting is aan bovenbeschreven wijzigingen aangepast.

Tot slot is een aantal technische en redactionele wijzigingen en verbeteringen doorgevoerd in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
M. J. M. Verhagen

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W15.10.0577/IV met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel 5, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998, «van de verordening» vervangen door: van de verordening en de Agentschapsverordening.
- In artikel 7, vierde lid, onderdeel c, van de Elektriciteitswet 1998, de zinsnede «voor die bescheiden, gegevens of inlichtingen» vervangen door: voor zover die gegevens en inlichtingen.
- In artikel 10, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998, de zinsnede «overlegd dat is voldaan» vervangen door: overlegd, waaruit blijkt dat is voldaan.
- In artikel 10, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998, na de zinsnede «verzoek is gedaan», invoegen: om.
- In artikel 15, derde lid, onderdeel b, van de Elektriciteitswet 1998, de zinsnede « vierde tot en met» vervangen door: vijfde tot en met.
- In artikel 36, eerste lid, onderdeel d van de Elektriciteitswet 1998 het woord «en» laten vervallen.
- In artikel 77i, eerste lid, onderdeel b, van de Elektriciteitswet 1998 «86» vervangen door: 86, eerste, tweede en vierde lid.
- Artikel 1, eerste lid, onderdeel v, van de Gaswet, vervangen door het voorgestelde artikel 1, eerste lid, ad, van de Gaswet.
- In artikel 1a, tweede lid van de Gaswet; toevoegen dat de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit de regulerende instantie is, bedoeld in de Agentschapsverordening.
- In artikel 1c van de Gaswet bepalen dat de Minister bindende aanwijzingen kan geven in plaats van artikel 1b, derde lid, van overeenkomstige toepassing te verklaren (te weten dat de NMa bindende aanwijzingen kan geven).
- In artikel 1g, eerste lid van de Gaswet, na «een netgebruiker» invoegen: , netbeheerder.
- In artikel 1g, tweede lid, van de Gaswet, na de zinsnede «verzoek is gedaan», invoegen: om.
- In artikel 2, eerste lid, van de Gaswet, de zinsnede «overlegd dat is voldaan» vervangen door: overlegd, waaruit blijkt dat is voldaan.
- In artikel 2, vijfde lid, van de Gaswet, na de zinsnede «verzoek is gedaan», invoegen: om.
- In artikel 2b, eerste lid, de laatste volzin schrappen «Voor een interconnector-beheerder zijn uitsluitend het tweede tot en met het zesde lid van toepassing».
- In artikel 9b, eerste lid van de Gaswet, de zinsnede «artikel 18 of» schrappen, gelet op artikel II, onderdeel Y van het wetsvoorstel.
- In artikel II, onderdeel Q van het wetsvoorstel, de zinsnede «in artikel 26b bedoelde» vervangen door: in artikel 12 bedoelde.
- In artikel II, onderdeel AP van het wetsvoorstel «artikel 34, tweede, 35» vervangen door: artikel 34, tweede.
- In artikel II, onderdeel AP, vijfde lid, van het wetsvoorstel toevoegen: 18b, eerste lid.