

File ID	uvapub:101035
Filename	Het Derde Energiepakket
Version	final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article
Title	Het Derde Energiepakket
Author(s)	S. Pront-van Bommel
Faculty	FdR
Year	2010

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.337349>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

Het Derde Energiepakket

210

Dr. S. Pront-van Bommel*

Het Derde Energiepakket brengt een aantal opvallende veranderingen mee met ook implicaties voor de Nederlandse rechtsorde. Dit betreft het hele spectrum van de Europese energieregulering. Het algehele beeld dat het Derde Energiepakket oplevert, is dat van een steeds verdergaande europeanisering van het energiebeleid en de energieregeling, niet alleen voor zover het de realisatie van een goed werkende interne markt en consumentenbescherming betreft, maar ook wat betreft milieu- en klimaatdoelstellingen.

1. Inleiding

De lidstaten van de Europese Unie dienen uiterlijk op 3 maart 2011 de nieuwe Derde Energierichtlijnen,¹ te hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.² Deze richtlijnen maken deel uit van het zogeheten Derde Energiepakket.³ Dit pakket bestaat daarnaast uit nog andere wetgeving, onder meer uit de Verordening ter oprichting van het Europese Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER).⁴ ACER is onder meer belast met de taak erop toe te zien dat de nationale Energie Regulators (energietoezichthouders) hun regulerende taken naar behoren uitvoeren.⁵ Aanleiding voor het Derde Energiepakket was onder meer dat marktwerking en consumentenbescherming onvoldoen-

de bleken te zijn gerealiseerd onder het Tweede Energiepakket. Beide zijn centrale doelstellingen van Europese energiewetgeving. Voorts bleek dat bij de toepassing van de Tweede Energierichtlijnen⁶ in sommige lidstaten, in tegenstelling tot andere, de toezichtbevoegdheden beperkt waren gebleven, verdeeld waren over verschillende instanties, of belemmerd werden door onvoldoende onafhankelijkheid ten aanzien van de regering van de betreffende lidstaat.⁷

De veranderingen die het Derde Energiepakket brengt, betreffen vrijwel het hele spectrum van de Europese energieregulering en de doelstellingen daarvan, zoals de bovengenoemde, maar ook milieu- en klimaatdoelstellingen.

In dit artikel wordt in relatie tot deze doelstellingen een aantal opvallende veranderingen besproken. Aan bod komen achtereenvolgens de uitbreiding van de consumentenbescherming, bevordering van marktwerking, uitbreiding van toezicht(bevoegdheden), vergaande 'europeanisering' van de regulering van de energiesector mede vanwege de oprichting van ACER, en veranderingen met betrekking tot de inrichting van de transport- en distributie-infrastructuur.

Het artikel richt zich daarbij vooral op de elektriciteitssector. Het in dit artikel gegeven overzicht heeft overigens geen betrekking op de verbetering van interconnectie van transmissienetten tussen lidstaten, dat ook onderdeel uitmaakt van het Derde Energiepakket. Deze interconnectie is essentieel om tot één interne energiemarkt te komen. Het gaat daarbij om specifieke Europese besluitvorming die veelal verankering in Europese verordeningen, dan wel

* Dr. S. Pront-van Bommel is directeur van het Centrum voor Energievraagstukken aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Dank aan Anne van Toor en Eva Winters voor hun ondersteunende onderzoekswerkzaamheden. Beiden zijn student-assistent bij het Centrum.

- 1 Zie 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; 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. Deze zijn op 14 augustus 2009 gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 3 september 2009 in werking getreden.
- 2 Richtlijnen kunnen op grond van artikel 288 VWEU alleen aan lidstaten verplichtingen opleggen. Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het resultaat en aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten om vorm en middelen te kiezen. Vgl. T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 102-104 en 201-206 (6th ed.); M. Horspool en Matthew Humphreys, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 77-78 (4th ed.).
- 3 Deze richtlijnen maken deel uit van het zogeheten Derde Energiepakket dat op 19 december 2007 door de Europese Commissie is aanvaard.
- 4 Het Derde Energiepakket bestaat uit: Richtlijn 2009/72/EG; Richtlijn 2009/73/EG; Verordening (EG) nr. 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 (EG) nr. 1228/2003; Verordening (EG) 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 (EG) nr. 1775/2005; Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators.
- 5 Zie overwegingen 6 van de considerans en artikel 1 van de Verordening (EG) nr. 713/2009. Zie verder artikel 35 lid 2 Verordening (EG) 713/2009. Dit agentschap gaat tevens op 3 maart 2011 van start.
- 6 Het betreft Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (Tweede Elektriciteitsrichtlijn) en Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (Tweede Gasrichtlijn 2003/55/EG).
- 7 K. Deketelaere, B. Delvaux en S. Tormans, 'Toezicht op de Belgische energiemarkten', in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Preadviezen 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 89. Zie ook COM(2007)528 def., p. 8.

afspraken tussen lidstaten, vergt. Verder gaat het artikel bij wijze van voorbeeld hier en daar in op wat de veranderingen die het Derde Energiepakket brengt, voor de Nederlandse energiewetgeving betekenen.

2. Meer consumentenbescherming

Consumentenbescherming is een van de centrale doelstellingen van ook de nieuwe Energierichtlijnen. De Derde Elektriciteitsrichtlijn stelt dienaangaande dat 'bestaande rechten van consumenten moeten worden versterkt en gewaarborgd, en meer transparantie dienen te omvatten'.⁸ Dit sluit aan bij de algemene ontwikkeling binnen de EU om de positie van de consument te versterken. De consumentenbescherming met betrekking tot de energievoorziening in de EU wordt kennelijk nog onvoldoende geacht.⁹

Vanaf 2001 is consumentenbescherming in algemene zin steeds meer van belang geworden bij de totstandkoming van Europese regelgeving. In 2007 werd de communautaire strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013 geformuleerd.¹⁰ Tevens publiceerde de Europese Commissie vervolgens de mededeling 'Naar een Europees Handvest betreffende de rechten van de energieconsument'.¹¹ Dit handvest bevat diverse aanbevelingen die zijn overgenomen in de Derde Energierichtlijnen.

Een voorbeeld hiervan is de extra bescherming voor de kwetsbare afnemer.¹² Nieuw is dat de Derde Elektriciteitsrichtlijn lidstaten verplicht de 'kwetsbare afnemer' te definiëren en daarvoor in het bijzonder bescherming te bieden. Dit kan het tegengaan van energiearmoede, evenals het verbod op afsluiting van elektriciteitstoever in moeilijke tijden betreffen. Energiearmoede staat daarbij hoog op de Europese beleidsagenda.¹³ De ten behoeve van de kwetsbare afnemers te treffen maatregelen

kunnen verschillen al naargelang de bijzondere omstandigheden. Deze kunnen bijvoorbeeld worden genomen in het kader van het sociaalezekerheidsstelsel,¹⁴ regulering van prijzen, dan wel door lage energieprijzen vast te stellen of kunnen bijvoorbeeld worden gerealiseerd door overheidstoelagen voor groepen afnemers met een laag inkomen te verstrekken. De Nederlandse wetgeving bevat geen definitie van kwetsbare afnemers.¹⁵

Een algemene communautaire definitie van energiearmoede ontbreekt overigens ook.¹⁶ Van dit begrip wordt wel in een recent advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité¹⁷ een omschrijving gegeven. Energiearmoede doet zich voor ingeval een woning niet of nauwelijks warm kan worden gehouden en er evenmin andere essentiële energiediensten tegen een redelijke prijs kunnen worden verkregen. Volgens dit advies gaat het om een concept dat door nadere criteria ingevuld kan worden, afhankelijk van de ontwikkelingen in de samenleving en de omstandigheden van de lidstaat. Door deze aanpak zou overzicht kunnen worden verkregen van de energiearmoede en zou de problematiek gericht kunnen worden aangepakt.

De nieuwe verplichting voor lidstaten om de positie van de kwetsbare afnemer extra te beschermen valt in verband te brengen met het recht van huishoudens op een universele dienst. Universele dienstverlening is een communautair begrip en betreft 'een gedefinieerd minimumpakket van diensten van een gegeven kwaliteit dat voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is voor een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs'.¹⁸ Dit ziet op voorzieningen die voor burgers maatschappelijk gezien van primair belang worden geacht, zoals elektriciteit, en ook gas, telecommunicatie, water, gezondheidszorg en dergelijke. Dit houdt dus in beschikbaarheid voor eenieder, in het bijzonder voor consumenten, van nutsdiensten, en dat onder redelijke voorwaarden, zoals min of meer gelijke

8 Overweging 51 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. overweging 48 van de considerans van de Derde Gasrichtlijn. Zie ook Citizens' Energy Forum, MEMO/09/429, Brussels, 30 Sept. 2009.

9 Vgl. het Commissiedocument 'Naar een Europees Handvest betreffende de rechten van de energieconsument', COM(2007)386 def.

10 COM(2007)99 def., m.n. p. 9 en 14. Zie voorts overweging 24 van de considerans van de Richtlijn 2005/29/EG.

11 COM(2007)386 def.

12 Artikel 3 lid 7 bij Richtlijn 2009/72/EG; en voor aardgas overweging 48 van de considerans van de Derde Gasrichtlijn. Zie ook Citizens' Energy Forum, MEMO/09/429, Brussels, 30 Sept. 2009.

13 Op 14 juli 2010 heeft het Europees Economisch en Sociaal Comité het advies gepubliceerd 'Energiearmoede; de gevolgen van de liberalisering en de economische crisis', dit op verzoek van de Belgische regering met het oog op het Belgisch voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie. De rechtsbasis hiervoor kan gevonden worden in artikel 304 VWEU. Gesteld wordt dat de bestrijding van energiearmoede een nieuwe maatschappelijke prioriteit is en op alle niveaus dient plaats te vinden. Bovendien zou volgens het advies energiearmoede bij elk nieuw voorstel inzake energiebeleid in aanmerking moeten worden genomen. Zie voorts COM(2007)386 def., p. 5.

14 Vgl. overweging 45 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

15 Zie voor discussie hieromtrent *Kamerstukken II* 2009/10, 21 501-33, nr. 289; en Raad voor Vervoer, Telecommunicatie en Energie, Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld op 3 september 2010, o.a. p. 4, 9 en 10.

16 Op 6 en 7 september 2010 vond in Brussel de informele Energieraad plaats, een informele vergadering van de ministers van energie van de lidstaten, waar van gedachten werd gewisseld over consumentgerelateerde aspecten van het Europese energiebeleid. In dit overleg drongen sommige lidstaten aan op een gemeenschappelijke definitie van kwetsbare consumenten. Echter, diverse lidstaten, waaronder Nederland, gaven aan voldoende ruimte te willen houden om het beleid ten aanzien van energiearmoede nationaal in te vullen en benadrukte daarbij vooral het belang van *best practices*. Daarnaast benadrukten vele lidstaten het belang van kostenefficiënte maatregelen voor energiebesparing mede met het oog op verkleining van energiearmoede. Zie Ministerie van Economische Zaken, Verslag informele energieraad 6/7 september 2010, A/BE/10136877, p. 2-4.

17 Europees Economisch en Sociaal Comité, Energiearmoede; de gevolgen van de liberalisering en de economische crisis', Brussel 14 juli 2010.

18 E. van Damme, J. Jansen, J. Potter, T. ten Raaij en V. Verouden, *Universele dienstverlening. Marktwerving ten bate van iedereen*, Ministerie van Economische Zaken 1998; W. Devroe, "'Universele dienstverlening', als nieuwe manier van denken', *SEW* 2000-3, p. 82-95. Vgl. overweging 37 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn: 'Energie regulators moeten ook een bevoegdheid krijgen om, ongeacht de toepassing van de concurrentieregels, een besluit te nemen over passende maatregelen om voordelen voor de afnemers te waarborgen door middel van bevordering van daadwerkelijke mededinging die noodzakelijk is voor de goede werking van de interne markt voor elektriciteit.'

en betaalbare prijzen.¹⁹ Zonder deze universele diensten zou de moderne samenleving niet kunnen functioneren.²⁰

Een betaalbare energieprijs zal naar verwachting in toenemende mate de gemoederen bezighouden. De afgelopen jaren zijn de energiekosten immers aanzienlijk gestegen, een stijging die zich naar verwachting ook in de toekomst zal voortzetten, niet alleen voor huishoudens, maar ook voor bedrijven.²¹ In 2008 besteedde een gemiddeld huishouden in Nederland 6% van zijn inkomen aan energie. In Duitsland is in 2009 het percentage energiekosten van het netto besteedbaar inkomen in sommige delen van het land zelfs gestegen tot 9,54%.²²

Consumentenbescherming moet voorts worden gewaarborgd door een hoog niveau van transparantie ten aanzien van contractvoorwaarden, algemene informatie en wat betreft de mogelijkheden voor een afnemer een zaak aan een geschillencommissie voor te leggen.²³ De Derde Elektriciteitsrichtlijn breidt onder meer de mogelijkheid voor de consument om geschillen te beslechten en zijn recht op betrouwbare informatie uit,²⁴ en beoogt tevens de transparantie inzake energieleveringsprijzen te vergroten. Dit geschiedt door bijvoorbeeld lidstaten te verplichten één enkel contactpunt te realiseren waar de consument informatie kan krijgen over zijn rechten, over wetgeving en over de middelen van geschilbeslechting.²⁵ De Nederlandse Energie Regulator zal op dit punt zijn werkzaamheden naar verwachting moeten uitbreiden. Het gaat om een deels nieuwe voorziening.

Het belang van consumentenbescherming in Europese energiewetgeving is aanleiding om na te gaan wie als consument geldt. De algemene definitie daarvan valt niet volledig samen met die in de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Daarin ontbreekt een eenduidige definitie.

Een consument wordt in algemene zin gedefinieerd als 'iedere natuurlijke persoon die overeenkomsten sluit met het oog op doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen'.²⁶ Het betreft bovendien overeenkomsten die onder de nieuwe beoogde Consumentenrichtlijn vallen. Voorst is van belang dat het Hof van Justitie van de EU strikt uitlegt wie als consument geldt, dit met een oog op de doelstelling om met name 'de consument als econo-

misch zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij' te beschermen. Handelaren en rechtspersonen gelden in het algemeen niet als consument.²⁷

In het Derde Energiepakket en de Derde Elektriciteitsrichtlijn komt het begrip 'consument' veelal niet als zodanig voor. Daarin wordt uitgegaan van de huishoudelijke afnemer.²⁸ Deze is 'een afnemer die elektriciteit koopt voor eigen huishoudelijk gebruik en niet voor commerciële of professionele activiteiten'.²⁹ Deze omschrijving komt materieel gezien in sterke mate overeen met de algemene definitie van consument. Specifieke consumentenbeschermingregelgeving ten aanzien van bijvoorbeeld universele dienstverlening zijn voor hem bedoeld. Wel wordt expliciet de term 'consumentenbescherming' gebruikt.³⁰ Daarnaast onderscheidt de richtlijn de *kwetsbare* afnemer,³¹ en stelt specifieke eisen ter bescherming van hem.

Volgens de Elektriciteitsrichtlijn kan de consumentenbescherming die ligt besloten in de voormelde aanspraak van huishoudelijke afnemers op een universele dienstverlening, in tegenstelling tot algemene consumentenwetgeving, ook voor kleine ondernemingen gelden. Voorwaarde daarvoor is dat een lidstaat voor deze mogelijkheid heeft geopteerd.³²

De Derde Elektriciteitsrichtlijn onderscheidt dus verschillende soorten consumenten, wat onder meer blijkt uit de specifieke bescherming voor de kwetsbare afnemer.

3. Bevorderen van de marktwerking

3.1. Algemeen

Eén interne energiemarkt, de centrale doelstelling van de Energierichtlijnen, zou nog onvoldoende zijn gerealiseerd. Ten aanzien van de energiemarkt bestaan of althans bestonden vermoedens van machtsmisbruik en uitoefening van marktmacht.³³ Dit was mede aanleiding voor de Commissie om met de Derde Energierichtlijnen aanscher-

19 Notitie 'Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren', *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 018, nr. 1, p. 8-10.

20 WRR, 'Sturen op Infrastructuur; een investeringsopdracht', Den Haag 2008, p. 8.

21 CBS, 'Statistisch Jaarverslag 2010', p. 14. Zie voorts CBS, 'Hogere energiekosten in de industrie', Energie 2006 PT, 9 september 2006.

22 CBS *Webmagazine*, woensdag 15 juli 2009: 'Woon- en energielasten drukken het zwaarst op de laagste inkomens'. *Der Tagesspiegel* 18 augustus 2010, <<http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/energiekosten-belasten-osten-staerker-als-westen/1904502.html>>. Zie voorts rapport Nibud, 'Energielasten – verschillen in energielasten tussen huishoudens nader onderzocht', Utrecht, november 2009.

23 Artikel 3 lid 7 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

24 Artikel 3 o.a. lid 3, 4, 7 en 9 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

25 Artikel 3 lid 12 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

26 Artikel 7:514 sub 1 BW. Zie ook artikel 2 lid 1 uit Voorstel voor een richtlijn van het Europese parlement en de Raad betreffende consumentenrechten (hierin zijn een groot deel van het bestaande Europees consumentenrecht en consumentenrichtlijnen gebundeld), COM(2008)614, p. 22.

27 M. de Witte en A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2004, p. 14-15.

28 In Nederlandse energiewetgeving wordt in het algemeen van de 'kleinverbruiker' uitgegaan. Deze is een afnemer met een met een aansluitwaarde tot en met 3*80 A. Dat kan ook een kleine onderneming zijn. Vgl. titel van hfdst. 8 par. 1c 'Consumentenbescherming' en het daaronder vallende artikel 95a Elektriciteitswet.

29 Artikel 2 lid 10 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

30 Artikel 3 lid 7 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

31 Overwegingen 45, 50 en 53 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

32 Overwegingen 42 en 45 van de Considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

33 Vgl. NMa, 'Advies aan de minister van Economische Zaken', Den Haag, september 2005, p. 5, 9 en par. 2; NMa, 'Marktmonitor, ontwikkeling van de groothandelsmarkt voor elektriciteit 2004-2005', juli 2005; het rapport NMa, 'Monitor energiemarkten 2007, Analyse van ontwikkelingen in de Nederlandse groothandelsmarkten voor gas en elektriciteit', Den Haag, september 2008, bijv. p. 9 e.v. en par. 2.3 en 3.4.3.

ping van de doelstelling inzake marktwerking te bevorderen.³⁴ Daarmee worden uiteenlopende doelen nagestreefd, onder meer ook de behartiging van de belangen van consumenten.³⁵ Marktwerking in de Energierichtlijnen fungeert anderzijds als 'middel' om klimaat- en milieudoelstellingen te realiseren. Een goed functionerende interne markt voor energie moet bijvoorbeeld producenten ertoe aanzetten om te investeren in nieuwe vormen van stroomproductie,³⁶ met inbegrip van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen.³⁷

Aanscherping van deze doelstelling heeft onder meer geleid tot de in paragraaf 4.2 nader te bespreken nieuwe aan energieleveranciers op te leggen administratieve en informatieverplichtingen jegens de Energie Regulator. Om een goede marktwerking te bevorderen dient deze voorts over de bevoegdheid te beschikken tot publicatie van marktgegevens.³⁸ Een andere belangrijke ter bevordering van marktwerking door lidstaten te treffen maatregel is de ontvlechting van de verticaal geïntegreerde energiebedrijven. In de Derde Energierichtlijnen zijn de ontvlechtingseisen voor verticaal geïntegreerde energiebedrijven aangescherpt.³⁹

3.2. Ontvlechting

De aanscherping van de eisen inzake ontvlechting betreft alleen de transmissiesysteembeheerders (TSO's).⁴⁰ Deze ziet op scheiding van eigendom van het net, van andere energiebedrijven en gaat verder dan de functionele scheiding die onder de Tweede Energierichtlijnen werd voorgeschreven. De regeling kent een overgangsregime.⁴¹ De eis tot eigendomsontvlechting ligt besloten in artikel 9 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Deze bepaling stelt dat iedere onderneming die een transmissiesysteem bezit,

handelt als een transmissiesysteembeheerder. Dat betekent dat wanneer de TSO onderdeel uitmaakt van een groep, de gehele groep zich als een TSO moet opstellen, ofwel elke transmissiesysteembeheerder opereert zelfstandig en onafhankelijk van productie en leveranciers. Een afwijkend systeem geldt voor transmissiesystemen die onderdeel uitmaken van een verticaal geïntegreerd energiebedrijf⁴² van voor 3 september 2009. In dat geval kan de lidstaat ervoor kiezen de regels van de eis tot eigendomsontvlechting niet toe te passen. Het geïntegreerde bedrijf hoeft zich dan niet volledig als transmissiesysteembeheerder te gedragen.⁴³ Voor een TSO die (nog) geen onderdeel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd bedrijf of pas na 3 september 2009 daarvan onderdeel is gaan uitmaken, gelden de regels van eigendomsontvlechting onverkort.⁴⁴

Als een lidstaat kiest voor dit afwijkende overgangsregime van artikel 13, dient echter wel een onafhankelijke systeembeheerder voor het transmissienet te worden aangewezen (ISO). Dit betekent dat het eigendom van het net weliswaar blijft bij het verticaal geïntegreerde energiebedrijf, maar dat het netwerkbedrijf zelfstandig dient te fungeren. Eigendom en beheer van het net zijn in dat geval dus gescheiden.⁴⁵

Deze nieuwe regelgeving heeft overigens geen betrekking op distributie en beheer van distributienetten, die van transmissie moet worden onderscheiden. Distributie is elk transport langs hoog, midden- en laagspanningsdistributiesystemen met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen.⁴⁶ Transmissie is volgens de in de richtlijn gegeven definitie elk transport van elektriciteit en gas langs het extra-hoogspannings- en hoogspanningsstelsel van systemen, met het oog op de beleving van eindafnemers of distributiemaatschappijen, de levering zelf niet inbegrepen.⁴⁷ De energiericht-

34 Overwegingen 7, 8, 37 en 39 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

Zie ook: 'Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on progress in creating the internal gas and electricity market', COM(2010)84 final, Brussels, 11-3-2010, p. 8: 'Er lijkt zich een lichte tendens af te tekenen tot afnemende concentratie in de elektriciteitsgroot-handelsmarkt wat de capaciteit betreft (...) Vooruitgang op de SI-markt heeft geresulteerd in een beperktere marktconcentratie. Deze vooruitgang is daarom meer zichtbaar in afzonderlijke lidstaten dan in de regio's. Het hoge niveau van concentratie op de elektriciteitsgroot-handelsmarkt wordt bevestigd door het feit dat de marktconcentratie slechts in zeven lidstaten beperkt was. Op de gasgroot-handelsmarkt blijft de concentratie sterk (...). In 10 lidstaten hebben de drie grootste wholesalers een marktaandeel van 90% of meer.'

35 Report of the De Larosière Group, 25th February 2009; 'Communication from the Commission, Ensuring efficient, safe and sound derivatives markets', COM(2009)332 final, Brussels, 03-07-2009, p. 2. Zie voorts COM(2007)528 def., p. 8, 20-21.

36 Overweging 6 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

37 Vgl. overweging 2 van de considerans van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

38 Zie artikel 40 lid 3 Derde Energierichtlijn. Vgl. artikel 44 lid 3 Derde Gasrichtlijn. Zie voorts het advies van CESR en ERGEG uitgebracht in het kader van de totstandkoming van het Derde energiepakket: CESR and ERGEG advice to the European Commission in the context of the Third Energy Package Questions D.4 to D.6 – record-keeping Questions E.11, E.18 and E.19 – transparency Questions D.7 to D.10 – exchange of information, Dec. 2008, Ref: CESR/08-998.

39 Zie o.a. overweging 9 van de considerans en artikel 9 en 14 Derde Elektriciteitsrichtlijn, vgl. artikel 9 en 14 Derde Gasrichtlijn. Zie voorts COM(2007)528 def., p. 5.

40 Artikel 2 lid 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn geeft een definitie van transmissiesysteembeheerder: '(...) natuurlijke persoon of rechtspersoon die in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem alsook, indien van toepassing, de interconnecties ervan met andere systemen en die ervoor moet zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit.'

41 De lidstaten moeten bovendien ervoor zorgen dat per 3 maart 2012 aan de eisen van artikel 9 Derde Elektriciteitsrichtlijn voldaan wordt.

42 Artikel 2 lid 21 Derde Elektriciteitsrichtlijn definieert een verticaal geïntegreerd bedrijf als 'elektriciteitsbedrijf of groep van elektriciteitsbedrijven waarin dezelfde persoon of dezelfde personen, direct of indirect, het recht hebben zeggenschap uit te oefenen en waarbij het bedrijf of groep van bedrijven ten minste één van de functies van transmissie of distributie en ten minste één van de functie van productie of levering van elektriciteit verricht'.

43 Artikel 9 lid 8 jo. artikel 13 lid 1.

44 Commission Staff Working Paper, 'Interpretative Note – The Unbundling Regime', Brussels, 22 January 2010, p. 5.

45 Artikel 14 en 17-23 Derde Elektriciteitsrichtlijn zijn van toepassing op beide situaties.

46 Artikel 2 lid 5 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

47 Artikel 2 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

lijnen bevatten voor distributie afzonderlijke regels. Regionale netten voorzien in het algemeen in distributie, niet in transport in voormelde zin.

Volgens de zogeheten Splitsingswet (Wet onafhankelijk netbeheer) is naar Nederlands recht een volledige eigendomsontvlechting ook voor distributienetten vereist.⁴⁸ De Nederlandse energiewetgeving gaat daarmee verder dan de Derde Energierichtlijnen. Recentelijk is deze wet in hoger beroep bij het Hof 's-Gravenhage⁴⁹ onrechtmatig bevonden wegens strijd met het Europees recht in het bijzonder met de vrijheid van verkeer van kapitaal. De Staat zou voor deze inbreuk geen toereikende rechtvaardigingsgrond hebben aangedragen. Het is afwachten of dit arrest in cassatie bij de Hoge Raad stand houdt en of (in dat geval) toereikende reparatiewetgeving volgt.

Oorspronkelijk dacht de Commissie overigens wel aan volledige ontvlechting van ook het eigendom van het distributiesysteembeheer (DSO). In 2006 concludeerde de Commissie nog dat de regels van ontvlechting onder de Tweede Energierichtlijnen onvoldoende werden nageleefd.⁵⁰ Dit was aanleiding om te onderzoeken of nodig is om eigendomsontvlechting verplicht te stellen ten aanzien van zowel transmissie- als distributienetwerken. De uitkomst van dit onderzoek is dat de ontvlechtingproblemen op het niveau van de DSO's vooral een gevolg zijn van onvoldoende implementatie van de Tweede Energierichtlijnen in verschillende lidstaten.⁵¹ Dat toezicht dient aangescherpt te worden. Uiteindelijk is de Commissie tot de conclusie gekomen dat het opleggen van eigendomsontvlechting voor DSO's geen grote toegevoegde waarde zou hebben en deze niet zou opwegen tegen de kosten die moeten worden gemaakt in geval van verplichte eigendomsontvlechting.⁵²

De nieuwe ontvlechtingseisen dienen ter bevordering van eerlijke concurrentie binnen de energiesector, om de zekerheid van energielevering te waarborgen en daarmee de consumenten te beschermen. Aan verticaal geïntegreerde energiebedrijven gelieerde ondernemingen zouden, blijkens de totstandkomingsgeschiedenis, op de vrije markten op vele verschillende wijzen oneigenlijke voordelen kunnen genieten, bijvoorbeeld door middel van het doorspelen van marktgevoelige informatie en vormen van financiële be-

voordeling, alsmede bij administratieve problemen rond netbeheerders.⁵³ Het gaat hierbij om marktmisbruik, niet te verwarren met misbruik van een machtspositie in meer algemeen mededingingsrechtelijke betekenis.⁵⁴

De ontvlechtingseisen ofschoon primair gesteld met het oog op een goed functionerende markt, zijn daarnaast ook bedoeld om bij te dragen aan klimaat- en milieudoelstellingen.⁵⁵ De ontvlechting wordt blijkens diverse documenten vanwege de Commissie beschouwd als een belangrijke stap op weg naar de ontwikkeling van duurzame energie, en onder meer noodzakelijk geacht om non-discriminatoire toegang tot netten te verwezenlijken en daarmee toegangsmogelijkheden voor nieuwe marktpartijen, onder meer producenten van duurzame energie, te vergroten.⁵⁶ Tevens wordt ontvlechting van energiebedrijven noodzakelijk geacht om voorwaarden te scheppen voor investeringen door netbeheerders in nieuwe infrastructuur.

4. Toezicht

4.1. Algemeen

Voor daadwerkelijke effectuering van energiewetgeving is toezicht op naleving daarvan een onmisbare schakel. Deze dient ertoe bij en krachtens energiewetgeving gestelde materiële normen en doelstellingen te effectueren. De ratio van toezicht is dat een overheid die bindende regels jegens burgers vaststelt, tevens gehouden is om ervoor te zorgen dat die regels geëffectueerd worden. Toezicht dient daartoe.⁵⁷

De Derde Elektriciteitsrichtlijnen voorziet in een aantal veranderingen met betrekking tot het toezicht. Deze betreffen (1) het scherper stellen van doelstellingen van het toezicht, (2) het expliciet maken van de taken van de Energie Regulator, (3) uitbreiding van die taken, (4) uitbreiding van toezichtbevoegdheden, en (5) nieuw te implementeren materiële wetgeving die toezicht behoeft.

48 Zie noot S. Pront-van Bommel bij het vonnis van de Rb. 's-Gravenhage 11 maart 2009, AB 2009, 318.

49 Hof 's-Gravenhage 22 juni 2010, LJN BM8494, LJN BM8495 en LJN BM8496.

50 COM(2006)841 final, Prospects for the internal gas and electricity market, p. 10.

51 COM(2006)841 final, Prospects for the internal gas and electricity market, p. 10-12.

52 COM(2007)528 def., p. 21 en SEC/2007/1179 def., p. 57 e.v.

53 SEC(2006)1724, DG Competition Report on Energy Sector Inquiries, 10 January 2007, paragraaf 2. Zie voorts COM(2006)851 def. Vgl. met betrekking tot de Nederlandse energiesector: Michiel Mulder, Marcel Vermeulen en Meinoud Hehenkamp, 'Analyse van ontwikkelingen in de Nederlandse groothandelsmarkten voor gas en elektriciteit', NMa Monitor Energiemarkten 2007, Den Haag, september 2008, p. 53.

54 Marktmisbruik dient onderscheiden te worden van misbruik van een machtspositie. Marktmisbruik ofwel *market abuse* betreft bijvoorbeeld handelen met voorwetenschap met betrekking tot energiederivaten, *insider trading* en prijsmanipulatie door het innemen van bepaalde marktposities, onder meer op onbalansmarkten of een energiebeurs. Het tegengaan van marktmisbruik wordt door de Europese Commissie, ERGEG en CESR relevant geacht voor een goed functionerende markt. Zie: S. Pront-van Bommel, 'Financieel toezicht op de energiesector', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010, m.n. p. 58.

55 Overweging 9 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Artikel 14 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

56 COM(2007)528 def., p. 5: 'Kortom, een bedrijf dat verticaal geïntegreerd blijft, heeft de ingebouwde neiging om zowel te weinig te investeren in nieuwe netwerken (gezien de vrees dat dergelijke investeringen het voor concurrenten gemakkelijker maakt om in te breken in de "eigen" thuismarkt) als zoveel mogelijk zijn eigen verkoopsorganisatie qua netwerktoegang te bevoordelen. Dit is schadelijk voor het concurrentievermogen en de continuïteit van de energievoorziening van de EU en brengt de verwezenlijking van haar doelstellingen op het gebied van klimaatverandering en milieu in het gedrang.' Zie voorts Commission staff working document, SEC(2007) 179; in dit document wordt op verschillende plaatsen verwezen naar de positieve effecten van unbundling op het milieu, bijv. p. 70-72.

57 A. Scheltema en M. Scheltema, *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Preadviezen* 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 14.

Doelstellingen

De Derde Elektriciteitsrichtlijn noemt in tegenstelling tot de Tweede Elektriciteitsrichtlijn de doelstellingen van toezicht expliciet en verplicht lidstaten om nationale Energie Regulators⁵⁸ op te dragen alle redelijke maatregelen te nemen om die doelstellingen te bereiken binnen het kader van hun taken en bevoegdheden. Deze doelstellingen⁵⁹ zijn onder meer de bevordering – in nauwe samenwerking met ACER, de regulerende instanties van andere lidstaten en de Commissie – van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en vanuit milieuoogpunt duurzame interne markt voor elektriciteit en gas binnen de Gemeenschap en van een daadwerkelijke openstelling van de markt voor alle afnemers en leveranciers in de Gemeenschap, en waarborging dat elektriciteitsnetten en gasnetten op een doeltreffende en betrouwbare manier werken, rekening houdend met deze doelstellingen op lange termijn. Voorts wordt met toezicht de ontwikkeling van door concurrentie gekenmerkte en goed functionerende regionale markten binnen de Gemeenschap beoogd met het oog op het bereiken van de hiervoor genoemde doelstellingen. Bovendien wordt met het toezicht beoogd het opheffen van alle beperkingen voor handel in elektriciteit en gas tussen de lidstaten, inclusief de ontwikkeling van afdoende grensoverschrijdende transmissiecapaciteit om aan de vraag te voldoen en de integratie van nationale markten te versterken, wat de elektriciteits- en gasstromen in de Gemeenschap kan faciliteren. Ten slotte wordt de doelstelling genoemd van het bereiken van een hoog niveau van universele en openbare dienstverlening bij het leveren van elektriciteit, tot de bescherming van kwetsbare afnemers en tot de compatibiliteit van de processen voor de uitwisseling van gegevens die nodig zijn voor de consument om van leverancier te veranderen.

Taken

De in de Derde Elektriciteitsrichtlijn benoemde toezichtstaken van de Energie Regulator zijn divers. Deze dienen bijvoorbeeld te bestaan uit samenwerken met ACER,⁶⁰ het voorkomen van restrictieve contractuele praktijken,⁶¹ het waarborgen van de maatregelen ter bescherming van de consument waaronder het waarborgen van toegang tot verbruiksgegevens,⁶² het houden van toezicht op uit-

voering van de regels betreffende de taken en verantwoordelijkheden van ook ‘andere marktpartijen’, namelijk de transmissiesysteembeheerders, distributiesysteembeheerders, leveranciers en afnemers en andere marktpartijen overeenkomstig de Verordening (EG) nr. 714/2009,⁶³ en het bijdragen aan de compatibiliteit van gegevensuitwisselingsprocessen voor de belangrijkste marktprocessen.⁶⁴

Bevoegdheden

De Derde Elektriciteitsrichtlijn⁶⁵ kent vervolgens onder meer de volgende nieuwe bevoegdheden. Dit betreft in de eerste plaats de bevoegdheid voor de Energie Regulator tot het nemen van bindende besluiten⁶⁶ ten aanzien van elektriciteits- en gasbedrijven. Het bindende karakter is nieuw.⁶⁷ Een andere belangrijke nieuwe bevoegdheid is de hierna nader aan de orde te stellen bevoegdheid van de Energie Regulator om informatie op te vragen bij elektriciteits- en gasbedrijven die relevant is voor de uitvoering van zijn taken. De Nederlandse Elektriciteitswet voldoet aan deze richtlijneisen. De Nederlandse Energie Regulator beschikt immers al over een dergelijke bevoegdheid. Deze kan bindende aanwijzingen opleggen ter uitvoering van bij en krachtens de Elektriciteitswet vastgestelde verplichtingen. Op het niet naleven daarvan kan vervolgens een door de Energie Regulator op te leggen sanctie volgen.⁶⁸

De informatiebevoegdheid moet worden gelezen in samenhang met het nieuwe artikel 40 Derde Elektriciteitsrichtlijn betreffende het bijhouden van gegevens door leveranciersbedrijven en het bewaren daarvan gedurende vijf jaar (zie verder paragraaf 4.2). Deze plicht is nog niet in de Nederlandse energiewetgeving als zodanig vastgelegd. Zonder uitputtend te zijn wordt voorts genoemd de bevoegdheid om de door netbedrijven te hanteren voorwaarden inzake de aansluiting op en toegang tot nationale netten en de verstrekking van balanceringsdiensten vast te stellen, of goed te keuren. Deze bevoegdheid was ook opgenomen in de Tweede Elektriciteitsrichtlijn, maar daar is aan toegevoegd dat deze voorwaarden tevens betrekking kunnen hebben op toegang tot grensoverschrij-

58 Artikel 35 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 39 Derde Gasrichtlijn.

59 Artikel 36 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 40 Derde Gasrichtlijn.

60 Artikel 37 lid 1 sub c en d en artikel 38 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 1 sub c en d en artikel 42 Derde Gasrichtlijn.

61 Artikel 37 lid 1 sub k Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 1 sub k Derde Gasrichtlijn.

62 Artikel 37 lid 1 sub n en p Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 1 sub o en q Derde Gasrichtlijn.

63 Artikel 37 lid 1 sub q Derde Elektriciteitsrichtlijn.

64 Artikel 37 lid 1 sub u Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 1 sub u Derde Gasrichtlijn.

65 Artikel 37 lid 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 4 Derde Gasrichtlijn.

66 Overweging 37 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. overweging 33 van de considerans van de Derde Gasrichtlijn.

67 Artikel 37 lid 4 sub a Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 41 lid 4 sub a Derde Gasrichtlijn.

68 Zie artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet. Vgl. 66b Gaswet.

Twee voorbeelden van recent gegeven aanwijzingen: De NMa heeft naar aanleiding van een door de gemeente Amsterdam ingediend verzoek tot handhaving een bindende aanwijzing aan Liander N.V. gegeven wegens de lokaal onvoldoende veilige situatie van de openbare-verlichtingsnetten in Amsterdam. Op een aantal plaatsen in Amsterdam wordt de netspanning niet, of niet snel genoeg afgeschakeld als er in het net kortsluiting ontstaat, waardoor lantaarnpalen onder spanning kunnen komen te staan. De NMa draagt Liander op om binnen drie maanden een plan van aanpak te overleggen om de veiligheid op orde te brengen, waarbij de plaatsen waar het veiligheidsrisico het grootst is binnen een jaar moeten worden aangepakt. Zie het Besluit 16 juli 2010, Zaaknummer: 102941, *Stcrt.* 22 juli 2010, 11647. Dow Benelux verbruikt elektriciteit voor de productie van kunststoffen en chemicaliën. Het bedrijf is met het net van TenneT verbonden via een tussenliggend particulier net. Dow Benelux B.V. moet als eindverbruiker van elektriciteit het systeemdiententarief betalen aan de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet TenneT TSO B.V. Dit staat in de bindende aanwijzing van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) die is opgelegd aan Dow Benelux B.V. Zie het Besluit 4 maart 2010, Zaaknummer: 103351/26.

dende infrastructuur, inclusief de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer.⁶⁹

De Derde Elektriciteitsrichtlijn scherpt voorts de eisen inzake de onafhankelijkheid van de Energie Regulator aan.⁷⁰ Deze dient juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk⁷¹ te zijn van andere publieke of particuliere entiteiten. Bovendien dient al zijn personeel onafhankelijk te zijn van marktbelangen en mag de Energie Regulator geen instructies krijgen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.⁷² Het gaat daarbij niet alleen om onafhankelijkheid ten opzichte van marktpartijen, maar ook om onafhankelijkheid ten opzichte van politieke besluitvorming.

De Nederlandse Minister van Economische Zaken is op grond van artikel 5 lid 6 Elektriciteitswet 1998 bevoegd om bindende aanwijzingen geven. Ook al beperkt deze bevoegdheid zich tot het geven van algemene aanwijzingen, het is de vraag of deze bevoegdheid zich met de genoemde aanscherpte onafhankelijkheidseisen verdraagt.⁷³

4.2. Financieel toezicht

De Derde Elektriciteitsrichtlijn voorziet daarnaast in de paragrafen 3.1 en 4.1 genoemde nieuwe bewaar- en informatieverplichtingen van energieleveranciers ten behoeve van onder andere de Energie Regulator van de lidstaten.⁷⁴ Energieleveranciers dienen gedurende vijf jaar de ter zake dienende gegevens met betrekking tot al hun transacties in elektriciteitscontracten en elektriciteitsderivaten met grootafnemers en transmissiesysteembeheerders bij te houden en te bewaren. Deze gegevens omvatten bijzonderheden betreffende de kenmerken van de betrokken transacties, zoals looptijd, leverings- en betalingsregels, hoeveel-

heden, uitvoeringsdata en -tijdstippen, transactiepreizen en middelen om de betrokken grootafnemer te identificeren, alsmede specifieke nadere gegevens over alle openstaande leveringscontracten en energiederivaten. De Energie Regulator dient daarnaast over de bevoegdheid te beschikken om delen van deze informatie beschikbaar te stellen ten behoeve van marktspelers.⁷⁵

De Commissie beoogt met deze administratie- en informatieverplichtingen voor leveranciers het bestaande toezicht te versterken, door te waarborgen dat energieleveranciers de te monitoren gegevens ter beschikking van de Energie Regulator houden.⁷⁶ Het gaat hierbij om sectorspecifiek toezicht dat is bedoeld als aanvulling⁷⁷ op het bestaande financiële toezicht op basis van de MiFID⁷⁸ en de daarmee verband houdende andere richtlijnen zoals onder meer de MAD,⁷⁹ welke in Nederland zijn geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Energiederivaten vallen in beginsel onder de MiFID, maar voor energiebedrijven die handelen in energiederivaten kent deze richtlijn vervolgens vele uitzonderingen van het in deze richtlijn voorgeschreven toezicht.⁸⁰

Vooralsnog hebben deze nieuwe richtlijnbevestigingen uit de Derde Energierichtlijnen echter een beperkte betekenis. De lidstaten zijn immers pas verplicht deze administratieve en informatieverplichtingen voor energiecontracten te implementeren als de Commissie dienaangaande richtsnoeren heeft vastgesteld ter uitvoering van deze nieuwe richtlijnbevestigingen.⁸¹ Daartoe is de Commissie niet verplicht.

Het is bovendien nog onduidelijk waartoe de nieuwe toezichtbevoegdheden uit de Derde Energierichtlijnen kunnen of moeten worden ingezet. Primair en enkel om goede

69 Artikel 37 lid 6 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

70 Artikel 23 lid 1 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Volgens de Tweede Elektriciteitsrichtlijn diende de nationale Energie Regulator geheel onafhankelijk te zijn van de belangen van de elektriciteitssector. Vgl. artikel 39 Derde Gasrichtlijn.

71 COM(2007)528 def., p. 10. Volgens de Commissie is de onafhankelijkheid van de regulerende instanties een centraal beginsel van goed bestuur en een fundamentele voorwaarde om vertrouwen in de markt op te wekken. Ofschoon al onder de Tweede Energierichtlijnen de nationale regulerende instanties volledig onafhankelijkheid moesten zijn van de belangen van de gas- en elektriciteitsindustrie, werd toen niet gespecificeerd hoe die aantoonbaar kon worden gewaarborgd, noch waren er garanties ingebouwd voor onafhankelijkheid van politieke belangen. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, COM(2007)528 def., Brussel, 19-9-2007, p. 10.

72 Artikel 35 lid 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 39 lid 4 Derde Gasrichtlijn.

73 Recentelijk heeft het CBB deze bevoegdheid strikt afgebakend in zijn uitspraak van 29 juni 2010 (LJN BM9470). In de kern weergegeven houdt deze uitspraak in dat aangezien de NMa een zelfstandig bestuursorgaan is, de minister niet langer bevoegd is de directeur-generaal van de NMa aanwijzingen te geven met betrekking tot beslissingen in individuele gevallen. De minister had een Beleidsregel vastgesteld waarin o.a. concrete parameters waren opgenomen voor de vaststelling van methode van regulering van tarieven. De minister neemt door het stellen van deze regels de bevoegdheid van de NMa over. Vanwege de concrete vaststelling van de parameters in de beleidsregel maakt de minister inbreuk op de zelfstandige en onafhankelijke oordeelsvorming van de NMa, ingevolge artikel 82 lid 2 en 4 Gaswet. De inbreuk heeft de wetgever willen voorkomen, artikel 5d Mw. Het CBB oordeelt dat de Beleidsregel van de minister in strijd is met artikel 5d Mw jo. 82 lid 2 en 4 Gaswet.

74 Zie artikel 40 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 44 Derde Gasrichtlijn.

75 Zie artikel 40 lid 1-3 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 44 lid 1-3 Derde Gasrichtlijn.

76 De Europese Commissie beoogt dan ook met deze informatie- en administratieverplichtingen het risico van misbruik van de marktpositie te verminderen, het vertrouwen in de markt te versterken en op die manier de handel en de mededinging te stimuleren, zie COM(2007)528 def., p. 9.

77 CESR and ERGEG advice to the European Commission in the context of the Third Energy Package Response to Question F.20 – Market Abuse October 2008, Ref: CESR/08-739; CESR and ERGEG advice to the European Commission in the context of the Third Energy Package Questions D.4 to D.6 – record-keeping Questions E.11, E.18 and E.19 – transparency Questions D.7 to D.10 – exchange of information, December 2008, Ref: CESR/08-998. Deze adviezen zijn uitgebracht in de context van de totstandkoming van het Derde Energiepakket, een pakket van wetsvoorstellen onder meer tot wijziging van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn en de Tweede Gasrichtlijn: Richtlijn 2003/54/EG (Tweede Elektriciteitsrichtlijn) en Richtlijn 2003/55/EG (Tweede Gasrichtlijn).

78 Markets in Financial Instrument Directive 2004/39/EC.

79 Market Abuse Directive, 2003/6/EC. Een aanpassing van de richtlijn is in voorbereiding, zie onder meer COM(2009)563, def., p. 10: 'Overeenkomstig de conclusies van de G20 wordt in de EU reeds aan diverse maatregelen gewerkt ter verbetering van de marktintegriteit op de derivatenmarkten. Bij de herziening van de MAD in 2010 zullen de desbetreffende bepalingen worden uitgebreid zodat de derivatenmarkten op een allesomvattende wijze geregeld worden.'

80 S. Pront-van Bommel, 'Financieel toezicht op de elektriciteitssector', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010, p. 52-62.

81 Zie artikel 40 lid 3 en 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn, vgl. artikel 44 lid 3 en 4 Derde Gasrichtlijn.

marktwerking te bevorderen en in dat verband om marktmisbruik tegen te gaan of bijvoorbeeld ook om tijdig eventuele vergaande andere financiële risico's op te sporen die zijn verbonden aan de handel in energiederivaten door energiebedrijven, en die betrekking hebben op de universele dienstverlening en leveringszekerheid?

Het aantal grote energiebedrijven dat opereert op de wholesalemarkt, is relatief beperkt. Deze beschikken veelal over omvangrijke derivatenpakketten waarvan de waarde soms vele malen groter is dan die van hun kernactiviteit, levering van elektriciteit. Deze handel gaat gepaard met het stellen van omvangrijke financiële zekerheden. Sterke schommelingen in de waarde van derivatenpakketten zouden de energieprijzen op de wholesalemarkt sterk kunnen beïnvloeden, uiteindelijk ook die welke de consument moet betalen.

De vraag is of met de handel van energiebedrijven in energiederivaten samenhangende risico's inherent zijn aan marktwerking en tot het 'normale maatschappelijke risico' van betrokken ondernemingen moeten worden gerekend. Deze vraag klemmt temeer in het geval dat deze handel het risico meebrengt van een faillissement van grote energiebedrijven die een nutsfunctie vervullen. Het is de vraag of het toezicht van de Energie Regulator ook op dit soort risico's betrekking dient te hebben.

Genoemde risico's kunnen op gespannen voet staan met de eis van een redelijke energieprijzen voor consumenten, die onderdeel vormt van hun aanspraak op een universele dienstverlening, zoals vastgelegd in artikel 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn. In geval van een faillissement kan zelfs, al is de kans zeer klein, de leveringszekerheid in gevaar komen. Het waarborgen daarvan vormt een van de pijlers van de Europese energiewetgeving. De gevolgen daarvan kunnen echter zeer groot zijn. Deze twee zaken zouden een belangrijke rechtvaardiging van toezicht door de Energie Regulator op handel in energiederivaten kunnen opleveren.

Voorts ontbreekt het vooralsnog aan een duidelijk kenbaar materieel beoordelingskader op basis waarvan de Energie Regulator de vergaarde informatie over handel in energiederivaten moet beoordelen.⁸²

4.3. ACER

Ook de oprichting van ACER is nieuw.⁸³ De algemene taak van ACER is het adviseren van de Raad, de Commissie en het Europese Parlement op hun verzoek of op eigen initiatief over alle aangelegenheden die verband houden met de doelstellingen waarvoor het is opgericht.⁸⁴ Daarnaast zien de taken van ACER op de samenwerking tussen transmissiesysteembeheerders met het oog op de totstandbrenging van een Europese interne markt, het in dat kader opstellen van niet-bindende richtsnoeren op verzoek van de Commissie voor codes betreffende de grensoverschrijdende handel.⁸⁵ ACER kan voorts met betrekking tot technische kwesties die volgens de Derde Energierichtlijnen en de Verordening vereist zijn, bindende beslissingen nemen in individuele gevallen die de internationale handel betreffen.⁸⁶

De bevoegdheid om bindende beslissingen te nemen is overigens beperkt. Een verderstrekkende bevoegdheid om politieke, alsmede (algemeen) bindende besluiten te nemen zou zich niet verdragen met het Europese institutionele recht (de Meroni-doctrine).⁸⁷ De Commissie heeft daarentegen ingevolge het Derde Energiepakket, waarvan ook de Derde Energierichtlijnen deel uitmaken, over verdergaande bevoegdheden de beschikking gekregen om bindende (algemene) besluiten te nemen betreffende de handel over de grenzen en interstatelijke connectie van transmissienetten.⁸⁸

Het is voorts de taak van ACER de Commissie te adviseren over de vraag of besluiten van nationale Energie Regulators in overeenstemming zijn met de richtsnoeren van de Commissie bedoeld in de Derde Energierichtlijnen.⁸⁹

Het werkterrein van ACER is uitgestrekt en valt goeddeels samen met die van de Derde Energierichtlijnen. De bevoegdheden van ACER zijn discretionair van aard. De praktijk zal straks moeten uitwijzen hoe actief ACER zich opstelt en welke invloed daarvan uitgaat op de 'beleidsagenda' van de nationale Energie Regulators.⁹⁰ Een en ander zal ook afhangen van de mate waarin de Commissie de adviezen van ACER zal opvolgen. ACER zal naar verwachting voor de nationale Energie Regulators vooral een toenemende betrokkenheid betekenen, in samenwer-

82 S. Pront-van Bommel, 'Financieel toezicht op de elektriciteitssector', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010, p. 52-62.

De Europese Commissie heeft voorstellen uitgebracht voor Europese wetgeving die tot meer zekerheid en veiligheid met betrekking tot de derivatenhandel moeten leiden. Zie 'Ensuring efficient, safe and sound derivatives markets: future policy actions' COM(2009)563 def. Ook de handel in energiederivaten door energiebedrijven kan het voorgestelde verscherpte Europese toezicht vallen ingeval de handel als speculatie valt aan te merken. In de voorstellen worden daarvoor diverse nog nader in te vullen criteria genoemd.

83 Verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators.

84 Zie artikel 5 Verordening (EG) nr. 713/2009.

85 Zie artikel 6 Verordening (EG) nr. 713/2009.

86 Zie artikel 7 Verordening (EG) nr. 713/2009.

87 Cade 9/56, (*Meroni & Co Industrie Metallurgiche ApA/High Authority of the European Coal and Steel Community*), (1958) ECR II. Specifiek: L. Hancher en A. de Hauteclocque, 'Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice', European University Institute Working Paper, RSCAS 2010/01, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, January 2010. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 162 en 183. Zie verder Deirdre M. Curtin en Ramses A. Wessels (eds.), *Good Governance and the European Union*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 149 e.v.

88 Zie artikel van L. Hancher en A. de Hauteclocque, 'Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice', European University Institute Working Paper, RSCAS 2010/01, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, January 2010.

89 Zie artikel 7 lid 4 Verordening (EG) nr. 713/2009.

90 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on progress in creating the internal gas and Electricity market, COM(2010)84 final, Brussels, 11-3-2010, p. 12: Op de regelgevingsfora van Madrid en Firenze, die in 2009 plaatsvonden, is overeengekomen de werkzaamheden te starten met proefprojecten, teneinde zo te leren hoe het proces effectief en efficiënt kan worden gemaakt.

king met andere nationale Energie Regulators, bij de besluitvorming van de Commissie. Die samenwerking vindt plaats binnen de kaders van een geïnstitutionaliseerd forum dat ACER biedt.

Vanwege het subsidiariteitsbeginsel ligt het in de reden dat ACER alleen die zaken oppakt ten aanzien waarvan nationaal toezicht niet toereikend is (gebleken). Dit beginsel biedt echter ruimte voor uiteenlopende uitleg, ook één ten faveure van een activistische aanpak van ACER onder verwijzing naar de bevoegdheden die aan ACER zijn toegekend.⁹¹ Voor de nationale Energie Regulator kan dit betekenen dat deze zich in toenemende mate moet gaan begeven op het vlak van de besluitvorming van de Commissie. Bovendien kunnen zijn ruime bevoegdheden inzake goedkeuring van de op de Energiewet gebaseerde codes voor netbeheer en tarifieringmethode door nadere Europese regulering van het netbeheer worden beperkt.

5. Klimaat- en milieudoelstellingen

5.1. Algemeen

De nieuwe Derde Energierichtlijnen beogen daarenboven in toenemende mate in vergelijking met de eerdere Energierichtlijnen, te waarborgen dat lidstaten klimaat- en milieudoelstellingen in acht nemen. Dit komt in diverse overwegingen en artikelen in de Derde Energierichtlijnen tot uitdrukking.⁹²

Bescherming van het milieu heeft een algemene verankering gekregen in artikel 3 lid 1 Elektriciteitsrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat de lidstaten op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel waarborgen dat elektriciteitsbedrijven volgens de beginselen van de Derde Elektriciteitsrichtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een door concurrentie gekenmerkte, zeker in *milieuopzicht duurzame* elektriciteitsmarkt. Op grond van het tweede lid mogen lidstaten vervolgens, mits met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 106 VWEU (voorheen artikel 86 EG-Verdrag), in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbare dienstverplichtingen opleggen, die onder meer betrekking kunnen hebben op de bescher-

ming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen dienen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar te zijn en de gelijke toegang voor communautaire elektriciteitsbedrijven tot nationale consumenten te waarborgen. Voorts kunnen lidstaten ter verwezenlijking van milieudoelstellingen en doelstellingen voor energie uit hernieuwbare bronnen, gebruikmaken van planning op lange termijn, daarbij rekening houdend met de mogelijkheid dat derden toegang tot het systeem wensen. Die verplichtingen zouden bijvoorbeeld ook kunnen zijn dat leveranciers een bepaald percentage duurzame energie dienen te leveren. Voorst bepaalt artikel 3 lid 10 Derde Elektriciteitsrichtlijn dat de lidstaten maatregelen nemen ter verwezenlijking van de doelstellingen inzake onder meer *milieubescherming*, waaronder in voorkomend geval maatregelen inzake energie-efficiëntie en vraagzijdebeheer, alsmede middelen ter bestrijding van klimaatverandering. Daarbij gaat het vooral om het verstrekken van toereikende economische stimulansen, in voorkomend geval met gebruikmaking van alle bestaande nationale en communautaire instrumenten, voor onderhoud en aanleg van de noodzakelijke netinfrastructuur, inclusief interconnectiecapaciteit. Het is aan de lidstaten overgelaten om vervolgens, binnen de door deze communautaire bepaling gestelde grenzen, vast te stellen welke specifieke maatregelen nodig zijn. Deze door de lidstaten te treffen maatregelen, bijvoorbeeld het opleggen van bepaalde duurzaamheidscriteria, het verlenen van voorrang aan duurzame energie bij transport of het goedkeuren van verhoudingsgewijze 'voordelige' tarieven voor transport van duurzame energie, kunnen op gespannen voet staan met de beginselen van vrij verkeer van goederen en diensten en het Europese gelijkheidsbeginsel. Inbreuk op deze beginselen is toegestaan, mits en voor zover daarvoor een in het Verdrag vastgelegde of in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU aanvaarde rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen. Milieu- en klimaatdoelstellingen vormen een zodanige rechtvaardigingsgrond. Deze ligt besloten in artikel 191 lid 1 VWEU.⁹³ Dit betreft een algemeen geformuleerde bepaling ter bescherming van het milieubelang. Een specifieke rechtvaardigingsgrond voor de energiesector⁹⁴ wordt door artikel 194 VWEU geboden.⁹⁵ Vaak komt een lidstaat de nodige discretionaire bevoegdheid toe bij het maken van onderscheid op basis van zo'n rechtvaardigingsgrond.

91 Die bevoegdheden zijn toegekend omdat de nationale regulators niet beschikten over toereikende bevoegdheden en beslissingsmacht. Zie overweging 3 en 18 van de considerans van de Verordening (EG) 713/2009. Zie voorts D. Haverbeke, B. Naesens en W. Vandorpe, 'Strengthening European regulatory powers', *European Energy Review*, 25 Jan. 2010.

92 Dit valt onder meer af te leiden uit de openbare dienstverplichtingen die aan elektriciteitsbedrijven opgelegd kunnen worden, waaronder de bescherming van het milieu en klimaat, zie artikel 3 lid 2 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Zie voorts onder meer overwegingen 5, 6, 43, 46 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 3 en 7 lid 2 en 3 van de Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. overweging 44 van de considerans en artikel 3 Derde Gasrichtlijn.

93 Het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is op 13 december 2007 ondertekend in Lissabon en op 1 december 2009 in werking getreden. Deze verdragen heten na deze wijziging het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

94 Vóór het Verdrag van Lissabon was er nog geen aparte rechtsbasis met betrekking tot energie en werden energiemaatregelen veelal gebaseerd op de artikelen 88, 95 en 308 EG-Verdrag. De nieuwe rechtsbasis ingevolge artikel 194 VWEU zou vooral van codificerende aard zijn. Zie R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon, Achtergronden en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 573-574.

95 HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98 (*Preussen Elektra*): In het *Preussen Elektra*-arrest gaat het om nationale regelgeving die energiebedrijven verplicht hernieuwbare energie af te nemen. Er wordt onderzocht of deze regeling die milieubescherming voor ogen heeft een gerechtvaardigde inbreuk maakt op het beginsel van vrij verkeer van goederen. In deze zaak mag een inbreuk gemaakt worden op het vrije verkeer van goederen o.a. omdat de regeling

Naast de eis van een rechtvaardigingsgrond dient de maatregel voorts te voldoen aan de eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid (subsidiariteit) en proportionaliteit. Deze eisen vormen tezamen de *rule of reason*.^{96, 97}

De genoemde bepalingen in artikel 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn zijn niet nieuw, maar zijn onder de Derde Elektriciteitsrichtlijn wel belangrijker dan voorheen, dit door aanscherping 'elders' van klimaat- en milieudoelstellingen, onder meer in andere richtlijnen, alsmede in diverse beleidsdocumenten.

De CO₂-emissies dienen in 2020 met 20% te zijn gereduceerd ten opzichte van 1990.⁹⁸ Daarnaast zijn lidstaten verplicht een voor hen afzonderlijk in de 'Richtlijn ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen' (RES)⁹⁹ vastgesteld percentage aan gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen uiterlijk in 2020 te realiseren. Voor Nederland is dit bijvoorbeeld gesteld op 14%.¹⁰⁰ Het bindende karakter van deze norm is nieuw. De RES ziet voorts op de volgende onderwerpen: steunregelingen, garanties van oorsprong¹⁰¹ en voorrang voor duurzame energie op het net. De richtlijn beoogt daarbij zowel de aanbodzijde van de energiedienstensector te reguleren, als ook om sterkere prikkels voor de vraagzijde te creëren.¹⁰²

Daarnaast is de Richtlijn 'energie-efficiëntie eindgebruik en energiediensten' van belang. Deze richtlijn beoogt betere energie-efficiëntie bij het eindgebruik te stimuleren, de vraag naar energie te beheersen en de productie van hernieuwbare energie te bevorderen.¹⁰³

De Commissie heeft bovendien in 2006 een actieplan energie-efficiëntie 2007-2012 aangenomen.¹⁰⁴ Dit actieplan is gebaseerd op de efficiëntiedoelstellingen uit het

Groenboek inzake energie-efficiëntie.¹⁰⁵ Momenteel wordt er aan een nieuw actieplan gewerkt dat moet bijdragen aan de doelstelling van 20% efficiënter energieverbruik in 2020.¹⁰⁶

De vergroening van de Energierichtlijnen houdt dus mede verband met de 'doorwerking' van andere richtlijnen in de Derde Energierichtlijnen. Daarvoor is in de eerste plaats de RES relevant.¹⁰⁷ De aanscherping van die doelstellingen leidt ertoe dat de druk voor de regering is toegenomen om van de (nieuwe) mogelijkheden gebruik te maken die de Derde Energierichtlijnen bieden voor het treffen van maatregelen om het aandeel duurzame energie en de energie-efficiëntie te vergroten.

De bescherming van het milieu en het klimaat heeft daarnaast geleidelijk ook een meer prominente plaats in gekregen de diverse *specifieke* regelingen in de Derde Energierichtlijnen. Dit betreft behalve de in paragraaf 3.2 genoemde ontvlechtingeisen ook de volgende zaken.

5.2. Voorrang voor duurzaam

Een novum in de Derde Elektriciteitsrichtlijn is dat daarin het recht op voorrang voor duurzaam opgewekte energie verplicht is gesteld. Voorheen was dit waarschijnlijk facultatief.¹⁰⁸

De lidstaten moeten op grond van artikel 15 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn de transmissiesysteembeheerders verplichten om bij het *inschakelen* van stroomproductie-eenheden die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen te handelen overeenkomstig artikel 16 RES, waarin voorrang voor duurzame energie bij transport is vastgelegd. Ook deze bepaling uit de RES is nieuw, in

een doelstelling voor ogen heeft zoals in artikel 6 en 174 van het EG-Verdrag omschreven en dit in overeenstemming is met Richtlijn 96/92/EG (Eerste Elektriciteitsrichtlijn).

96 Zie A.A.M. Schrauwen, *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

97 Het wetsvoorstel Wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten, is voor zover het voorrang voor duurzame energie en congestiemanagement (*Kamerstukken* 31 904) betreft naar aanleiding van een advies van de Raad van State door de Minister van Economische zaken 'teruggedrokken'. Het advies van de Raad van State oordeelde de toedeling van kosten aan in beginsel alleen de grijze producenten in het congestiegebied met bevoordeling van de groene producenten aldaar, vooralsnog gelet op de argumenten van de wetgever voor zodanige verdeling in strijd met de *rule of reason*. Advies RvS nr. W10.10.0280/III. Zie brief van de minister aan de Tweede Kamer van 8 oktober 2010, *Kamerstukken* 31 904, H. Zie voorts *Nieuws Energie* 12 oktober 2010.

98 Zie overweging 3 van de considerans en artikel 1 van de Richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG, teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden, *PbEU* 2009, L 140/63, 5 juni 2009. Tevens wordt deze doelstelling tot algehele reductie van emissie van broeikasgassen door de Gemeenschap opgerekt naar 30%, mits de andere ontwikkelde landen zich vastleggen op een vergelijkbare emissiebeperking en de economisch meer gevorderde ontwikkelingslanden een bijdrage leveren die in verhouding staat tot hun verantwoordelijkheid en capaciteiten.

99 Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG.

100 Zie Bijlage 1, onder A, Richtlijn 2009/28/EG.

101 Hun functie is louter ten behoeve van de eindverbruiker de oorsprong van de elektriciteit uit opwekking van duurzame energie te garanderen. Een garantie van oorsprong kan overigens, ongeacht de energie waarop zij betrekking heeft, van de ene houder aan de andere worden overgedragen. Teneinde ervoor te zorgen dat een eenheid uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit slechts eenmaal aan een afnemer verstrekt wordt, moeten dubbeltellingen en dubbele verstrekkingen van garanties van oorsprong worden vermeden. Zie overwegingen 52 en 56 van de considerans en artikel 2 onder j en 15 RES. De Richtlijn hernieuwbare elektriciteit richtlijn (2001/77/EG) kende al de verplichting om aan producenten van hernieuwbare energie een garantie van oorsprong te verstrekken als zij daarom verzoeken (COM(2008)19 def., p. 4. Garanties van oorsprong dienen volgens de oude richtlijn en de RES strikt te worden onderscheiden van groene-stroomcertificaten. Zie overweging 52 van de considerans van de RES.

102 Overweging 7 van de considerans van de RES.

103 Overwegingen 1 en 2 van de considerans van Richtlijn 2006/32/EG betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten en houdende intrekking van Richtlijn 93/76/EG van de Raad.

104 COM(2006)545 def.

105 COM(2005)265 def.

106 COM(2008)772 def. De richtlijn 2006/32/EG gaat uit van een efficiëntie van 9% in het negende toepassingsjaar van de richtlijn.

107 Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG.

108 Artikel 11 lid 3 Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

zoverre de verplichting tot het verlenen van voorrang expliciet is geformuleerd. Wat betreft de oude richtlijn was onduidelijk of het voor lidstaten een verplichting dan wel een discretionaire bevoegdheid betrof.¹⁰⁹

Het gaat daarbij om voorrang met betrekking tot transport en niet om voorrang bij aansluiting op het net. Dit recht wordt verondersteld voldoende verzekerd te zijn met het algemene recht van eenieder op aansluiting op het net binnen een redelijke termijn. Volgens artikel 3 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn moeten lidstaten distributiebeprijven verplichten afnemers op hun net aan te sluiten overeenkomstig de voorwaarden en tarieven die zijn vastgesteld volgens de procedure van artikel 37 lid 6 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Voorts is in dit verband artikel 23 Derde Elektriciteitsrichtlijn van belang, dat aansluiting van productie-installaties op het transmissiesysteem waarborgt. De verplichting van voorrang voor duurzaam is aan de orde in de situatie dat congestie op het elektriciteitsnet optreedt of dreigt op te treden wegens (tijdelijke) capaciteitstekort. Daartoe kan het nodig zijn dat in het desbetreffende congestiegebied energieproducenten worden afgeschakeld. Tevens dient dan elders elektriciteit te worden ingekocht bij een energiebedrijf buiten het congestiegebied, opdat de door de producenten afgesloten leveringsplichten kunnen worden nagekomen. Daartoe dient een congestiemanagementsysteem in het leven te worden geroepen, te behoren door de transmissiesysteembeheerder, in Nederland TenneT, alsmede mogelijk ook door andere netbeheerders. Het Nederlandse wetsvoorstel inzake voorrang voor duurzaam en congestiemanagement is in oktober 2010 teruggetrokken naar aanleiding van een kritisch advies van de Raad van State met betrekking tot onder meer de toebereiding van de kosten van congestiemanagement volgens de voorliggende voorstellen.¹¹⁰

Bij het verlenen van voorrang aan opgewekte duurzame elektriciteit gaat het primair om het als laatste afschakelen van duurzame producenten in het congestiegebied. De verplichting tot het verlenen van voorrang aan duurzaam zou ook nog anders kunnen worden opgevat, namelijk dat zo mogelijk bij inkoop van energie buiten het congestiegebied voorrang wordt gegeven aan inkoop bij producenten van duurzame energie. Voor deze uitleg valt steun te vinden in artikel 15 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 16 lid 2 aanhef en onder c RES. De Nederlandse wetgever kent (vooralsnog) niet die betekenis toe aan artikel 16 RES. Ook voor distributiesysteembeheerders zijn de bepalingen betreffende milieu- en klimaatdoelstellingen aangescherpt, zij het in mindere mate. Lidstaten zijn bevoegd en niet verplicht, anders dan met betrekking tot transmissiesysteembeheerders, de distributiesysteembeheerder op te leggen om bij het inschakelen van stroomproductie-eenhe-

den voorrang te geven aan productie-installaties waarbij gebruik wordt gemaakt van hernieuwbare energiebronnen, afvalstoffen of warmtekrachtkoppeling.¹¹¹

De lidstaten dienen de distributiebeheerder daarentegen wel, evenals de transmissiesysteembeheerder, te verplichten om bij de uitoefening van zijn taak het milieu en energie-efficiëntie in acht te nemen.¹¹² Het milieu was in de Tweede Elektriciteitsrichtlijn nog niet aan de orde.

5.3. Groen aanbesteden

Lidstaten dienen bovendien in het kader van het veiligstellen van de energievoorzieningen met een oog op het belang van de milieubescherming en de bevordering van nieuwe opkomende technieken, een aanbesteding voor nieuwe capaciteit te kunnen uitschrijven op basis van tevoren gepubliceerde criteria. Deze nieuwe capaciteit omvat onder meer elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en warmtekrachtkoppeling.¹¹³ Uit de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn valt af te leiden dat een lidstaat bij een eventuele aanbestedingsprocedure voorrang mag geven aan nieuwe productiecapaciteit die voorziet in opwekking van duurzame energie. Voortrekken van productie van duurzame energie bij aanbesteding zou blijken deze overweging in de richtlijn gerechtvaardigd zijn uit een oogpunt van behartiging van milieu- en klimaatdoelstellingen. Deze overweging van duurzame energie kwam ook al voor in de oude Tweede Elektriciteitsrichtlijn, maar ook hiervoor geldt dat deze aan belang is toegenomen vanwege de inwerkingtreding van de RES en aanscherping van milieu- en klimaatdoelstellingen.¹¹⁴

6. Regulering van netwerken

6.1. Algemeen

In het kader van de behartiging van milieu- en klimaatdoelstellingen, zijn naast de hiervoor genoemde verplichting om voorrang aan duurzame energie te geven, ook de volgende nieuwe ontwikkelingen met betrekking tot regulering van transport- en distributienetwerken relevant.

6.2. Smart grids

Blijkens onder meer de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn behoeven lidstaten ter behartiging van die doelstellingen specifieke maatregelen te nemen ter modernisering van distributienetwerken,¹¹⁵ bijvoorbeeld door de invoering van slimme (ofwel 'intelligente') netwerken

¹⁰⁹ Uit het voorstel van de richtlijn blijkt dat men wel in eerste instantie een verplichting voor ogen had. 2000/0116 (COD) p. 11 en p. 24. Het concept artikel 7 wordt later veranderd in de verplichting aan de lidstaten om maatregelen te nemen die het transport en de distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen garanderen, zie Gemeenschappelijke standpunten 23 maart 2001 (2001/C 142/02). In het advies van de commissie van 24 juli 2001 2000/0116 (COD) staat dat het ondanks de formulering wel degelijk om een verplichting gaat.

¹¹⁰ Zie noot 97.

¹¹¹ Artikel 25 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 14 lid 3 Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹² Artikel 25 Derde Elektriciteitsrichtlijn. Vgl. artikel 7 lid 2 Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹³ Overweging 43 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁴ Artikel 8 lid 2 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁵ Overweging 27 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

(*smart grids*), die op zodanige wijze moeten worden opgezet dat gedecentraliseerde opwekking van duurzame energie en energie-efficiëntie worden bevorderd. Invoering van de slimme meter wordt als een belangrijk onderdeel van de ontwikkeling van smart grids beschouwd.¹¹⁶ Artikel 3 lid 11 Derde Elektriciteitsrichtlijn¹¹⁷ geeft aan de desbetreffende overweging van de considerans van deze richtlijn vervolgens handen en voeten door lidstaten ten sterkste aan te bevelen energie-efficiëntie te bevorderen, onder meer in voorkomend geval door de invoering van slimme metersystemen dan wel slimme netwerken. Implementatie van smart grids is naar verwachting essentieel om substantiële energie-efficiëntie te kunnen realiseren.¹¹⁸ Deze richtlijnbevestiging kwam nog niet voor in de Tweede Energierichtlijnen en houdt nauw verband met de nieuwe, overigens geclausuleerde, verplichting voor lidstaten uit de Richtlijn inzake energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten tot 'uitrol van slimme meters'.¹¹⁹

Deze richtlijn beoogt onder meer sterkere prikkels aan de vraagzijde te creëren, teneinde energie-efficiëntie te realiseren.¹²⁰ Daarvoor is nodig dat de eindverbruiker in staat is met kennis van zaken beslissingen te nemen over zijn individuele energieverbruik. Hiertoe moet hem ter zake een redelijke hoeveelheid verbruiksgegevens ter beschikking worden gesteld, samen met andere voor afnemers relevante informatie inzake energieverbruik. Bovendien moeten verbruikers actief worden aangemoedigd om hun meterstanden regelmatig te controleren.¹²¹ Met een oog daarop bepaalt artikel 13 lid 1 uit deze richtlijn dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat eindafnemers beschikking krijgen over meters die het actuele energieverbruik van de eindafnemer nauwkeurig weergeven en informatie geven over de tijd waarin sprake was van het betreffende energieverbruik. Voorts dienen eindafnemers op frequente basis een factuur te krijgen welke gebaseerd is op het actuele energieverbruik, en welke zodanig is dat de eindverbruiker in staat wordt gesteld zijn eigen energieverbruik te regelen.¹²²

De slimme meter is in Nederland bij eindverbruikers nu nog mondjesmaat geïnstalleerd. Het wetsvoorstel¹²³ voor uitrol van de slimme meter ligt nog bij de Eerste Kamer.¹²⁴ De daarin oorspronkelijk opgenomen verplichting

voor consumenten om de hun toebedeelde slimme meter ook daadwerkelijk slim te gebruiken en hun reële verbruik op afstand te laten uitlezen door de netbeheerder,¹²⁵ is er met een nagestuurd voorstel tot aanpassing van het voorliggende wetsvoorstel,¹²⁶ uitgehaald.

6.3. Gesloten distributiesystemen

Nieuw is voorts dat lidstaten ontheffingen kunnen verlenen van bepaalde eisen inzake netbeheer voor specifieke kleinschalige distributienetten. De nieuwe ontheffingsmogelijkheid is (uitsluitend) bestemd voor zogeheten 'gesloten distributiesystemen'.¹²⁷ Het gaat om distributiesystemen die primair dienen ten behoeve van de eigenaar van het systeem. Gesloten distributienetten kunnen energie-efficiëntie bevorderen.¹²⁸ De Europese wetgever heeft daarbij gedacht aan onder meer luchthavens, ziekenhuizen, grote campings en chemische industriële locaties.¹²⁹

Het is de bedoeling dat de beheerder van een zodanig net moet kunnen worden vrijgesteld van verplichtingen die een onnodige administratieve belasting zouden opleveren. De ontheffing zou mede gerechtvaardigd zijn vanwege de bijzondere aard van de betrekking tussen de distributiesysteembeheerder en de gebruikers van het systeem in geval van een gesloten distributiesysteem. Deze voorziening kan ook worden beschouwd als een voorziening die nodig is om milieu- en klimaatdoelstellingen te verwezenlijken. Gesloten distributiesystemen zullen veelal deel uitmaken van een lokale energievoorziening die ook opwek omvat. De Derde Energierichtlijnen staan deze verticale integratie van activiteiten toe, overigens ook met betrekking tot andere distributienetten. Naar Nederlands recht is een dergelijke verticale integratie heden in het algemeen alleen voor particuliere netten mogelijk vanwege de voormelde Splitsingswet en gelet op de eisen die voor het van kracht worden daarvan gouden inzake de functionele scheiding van netbedrijven van andere energiebedrijven. Deze wetgeving geldt niet voor particuliere netten. De Splitsingswet is overigens recentelijk door het Hof te 's-Gravenhage onrechtmatig bevonden, wat is toegelicht in paragraaf 3.2. Particuliere netten zijn netten waarvoor op basis van de Elektriciteits-

116 ERGEG, Position Paper on Smart Grids, An ERGEG Conclusions Paper, Ref: E 10-EQS-38-05, 10 June 2010, p. 19.

117 Vgl. artikel 3 lid 7 Tweede Elektriciteitsrichtlijn.

118 Vgl. de Energieraad gaat er in zijn recent aan de regering uitgebrachte advies 'De ruggengraat van de energievoorziening, Advies van de Energieraad over de energie-infrastructuur' van augustus 2009 van uit dat de duurzame elektriciteitsproductie een sterke decentralisatie van de elektriciteitsproductie tot gevolg heeft, p. 7.

119 Zie vooral overweging 7 en 29 van de considerans en artikel 13 van Richtlijn 2006/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2006 betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten en houdende intrekking van Richtlijn 93/76/EEG van de Raad, *PbEU* 2006, L 114, 27 april 2006.

120 Overweging 7 van de considerans van de Richtlijn 2006/32/EG.

121 Overweging 29 van de considerans van de Richtlijn 2006/32/EG.

122 Artikel 13 lid 2 Richtlijn 2006/32/EG.

123 Wetsvoorstel ter Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteit- en gasmarkt (ook wel wetsvoorstel Marktmodel genoemd) nr. 31374.

124 Vanwege de kritiek ten aanzien van consumentenbescherming is het wetsvoorstel marktmodel op 7 april 2009 niet zoals gepland in stemming gebracht bij de Eerste Kamer. Zie *Handelingen* 2008/09, nr. 28, p. 1413-1427.

125 Zie inzake dit oorspronkelijke voorstel *Kamerstukken II* 2007/08, 31 374, nr. 3, p. 9.

126 Zie voor deze novelle *Kamerstukken II* 2009/10, 32 374, nr. 3, p. 2.

127 Artikel 28 Derde Elektriciteitsrichtlijn definieert een gesloten distributiesysteem.

128 Overwegingen 29 en 30 in de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

129 Overweging 30 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

wet ontheffing is verleend om een netbeheerder aan te wijzen.¹³⁰

De mogelijkheid tot ontheffingverlening betreft de verplichtingen uit hoofde van artikel 25 lid 5 Derde Elektriciteitsrichtlijn die lidstaten aan netbeheerders moeten opleggen om de energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun systeem te voorzien respectievelijk deze te kopen volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures. Voorts kan ontheffing worden verleend van de eis dat de door de netbeheerders te hantieren tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methoden voorafgaand aan hun toepassing door de Energie Regulator worden goedgekeurd.¹³¹ Dit betekent dat een beheerder van een gesloten distributiesysteem in geval van deze ontheffing de tarieven(methoden) niet vooraf door een Energie Regulator hoeft te laten goedkeuren. Die goedkeuring is pas vereist als een gebruiker van het gesloten distributiesysteem verzoekt de tarieven en methodes in overeenstemming met artikel 37 Derde Elektriciteitsrichtlijn te herzien en vast te stellen.¹³²

7. Ten slotte

In de Derde Elektriciteitsrichtlijn zijn verscheidene nieuwe materiële bepalingen opgenomen. Dit betreft in de eerste plaats consumentenbescherming. Die uitbreiding ziet vooral op bescherming van de kwetsbare afnemer, maar daarnaast ook bijvoorbeeld op meer transparantie ten aanzien van rechten van de consumenten en geschillenbeslechting.¹³³ Transparantie is onder meer van belang voor de mogelijkheden van de consument om een geschil met een leverancier te kunnen laten beslechten.¹³⁴

Uitbreiding van te handhaven materiële wetgeving leidt tot uitbreiding van de toezichtstaak van de Energie Regulator. Daarnaast voorziet het Derde Energiepakket ook anderszins in belangrijke uitbreiding van het toezicht. Dit betreft de in dit artikel beschreven nieuwe taken en bevoegdheden, onder meer de nieuwe administratie- en informatieverplichtingen van energieleveranciers. Een be-

langrijke andere ontwikkeling is de oprichting van ACER. Met de komst van ACER zal mogelijk regulering van de energiesector in versterkte mate op Europees niveau gaan plaatsvinden.

Voorts is sprake van een substantiële vergroening van de Energierichtlijnen. Die 'vergroening' ligt deels besloten in de diverse nieuwe genoemde overwegingen en artikelen in de richtlijnen, bijvoorbeeld die met betrekking tot voorrang voor duurzame energie en de ontheffingsbevoegdheden voor gesloten distributiesystemen. Daarnaast is de vergroening het gevolg van de inwerkingtreding van andere richtlijnen met strengere eisen betreffende verbruik, transport en distributie van duurzaam opgewekte energie en betreffende energie-efficiëntie en de doorwerking daarvan in de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

Voor het verlenen van voorrang aan duurzame energie op het transportnet en wat betreft de uitrol van slimme meters zijn nieuwe alsmede meer duidelijk omliggende en dwingende verplichtingen aan de lidstaten opgelegd.

Diverse veranderingen zijn in een later stadium en soms bijna onopgemerkt in het Derde Energiepakket meegenomen. Dit betreft de in dit artikel beschreven ontheffingsmogelijkheden voor gesloten distributienetwerken. Ook is dit het geval met betrekking tot de nog niet hiervoor genoemde nieuwe verplichting voor lidstaten om een bevoegdheid in nationale wetgeving op te nemen om bij een plotselinge crisis op de energiemarkt of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van apparatuur of installaties of de systeemintegriteit wordt bedreigd, tijdelijk de nodige beschermingsmaatregelen te treffen.¹³⁵

Dit 'haast'werk heeft tot gevolg dat, meer dan met betrekking tot andere veranderingen, veel onduidelijk is gebleven over de reikwijdte en achtergrond daarvan. Daarover valt weinig terug te vinden in de totstandkominggeschiedenis van het Derde Energiepakket.

Het algehele beeld dat het Derde Energiepakket oplevert, is dat van een steeds verdergaande europeanisering van het energiebeleid en de energieregelgeving, niet alleen voor zover het de realisatie van een goed werkende interne markt betreft, maar ook wat betreft milieu- en klimaatdoelstellingen.

¹³⁰ Zie S. Pront-van Bommel, 'Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?', *SEW* 2009-6, p. 244-252.

¹³¹ Zie artikel 32 lid 1 en artikel 37 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹³² Artikel 28 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹³³ Zie o.a. artikel 3 lid 7. Zie overweging 50 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹³⁴ Bijlage A deel b, c en f Derde Elektriciteitsrichtlijn.

¹³⁵ Artikel 42 Derde Elektriciteitsrichtlijn, vgl. artikel 46 Derde Gasrichtlijn. Deze bevoegdheid is pas laat in het wetgevingsproces ingebracht. Aan wat voor soort crisis en maatregelen de Europese wetgever daarbij heeft gedacht blijkt, voor zover wij konden nagaan, niet uit de wetgeschiedenis.