

File ID	uvapub:105294
Filename	Particuliere distributiesytemen Europeesrechtelijk getoetst
Version	final

---

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article
Title	Particuliere energiedistributiesystemen Europeesrechtelijk getoetst
Author(s)	S. Pront-van Bommel
Faculty	FdR
Year	2011

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.368192>

---

*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).*

---

# Particuliere energiedistributiesystemen Europeesrechtelijk getoetst

173

Dr. S. Pront-van Bommel\*

*Recentelijk is in Nederland het wetsvoorstel<sup>1</sup> ter implementatie van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn<sup>2</sup> (het Wetsvoorstel) verschenen. Dit bevat een nieuwe regeling inzake gesloten distributiesystemen,<sup>3</sup> die in de plaats moet komen van de huidige wettelijke regeling voor particuliere netten. Ongewijzigde aanvaarding daarvan leidt tot beperking van het aantal gronden voor ontheffingverlening voor particuliere elektriciteits- en gasnetten. Dit zal vooral initiatieven voor duurzame lokale energievoorzieningen (LDE's) treffen. De Europese energierichtlijnen nopen niet tot deze beperking. De beoogde wetsaanpassing verdraagt zich bovendien slecht met het energiebeleid van de Nederlandse regering tot bevordering van slimme netten en lokale initiatieven met betrekking tot duurzame energie.*

## 1. Inleiding

### 1.1. Het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel, zoals dit nu luidt, leidt tot het vervallen van de zogeheten 'b-grond' voor het verlenen van ontheffingen ten behoeve van particuliere netten. Op dit moment kan op basis van deze b-grond exploitatie van een particulier elektriciteits- of gasnet plaatsvinden, als het net bestemd is om een aantal samenwerkende

natuurlijke personen of rechtspersonen te voorzien van elektriciteit of gas en de samenwerking van deze personen een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functionerende energiehuishouding in hun vestigingen ten doel heeft. Deze b-grond komt niet voor in de nieuwe wettelijke regeling voor gesloten distributiesystemen.

Deze beperking raakt niet alleen toekomstige particuliere netten, maar blijktens het overgangsrecht in het Wetsvoorstel ook de bestaande.<sup>4</sup> De eigenaar van een bestaand particulier net moet op grond daarvan straks opnieuw ontheffing aanvragen, die zal worden getoetst aan de nieuwe, veelal strengere criteria.<sup>5</sup> Inmiddels is een reeks van ontheffingen op basis van deze b-grond verleend en het valt te bezien of deze straks alsnog op een ander ontheffingsgrond zijn te baseren.

Het Wetsvoorstel verschijnt in een periode waarin het aantal initiatieven tot oprichting van LDE's sterk toeneemt. Als deze ontwikkeling doorzet, zou dit substantieel kunnen bijdragen aan het behalen van de Europese en nationale milieu- en klimaatdoelstellingen.

De onderhavige wetswijziging is vooral relevant voor elektriciteitsnetten. In de praktijk verleent de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) immers voor dit type netten de meeste ontheffingen. Maar ook voor de gassector met zijn prille ontwikkeling van diverse kleine netwerken voor distributie van zogehe-

\* Dr. S. Pront-van Bommel is directeur van het Centrum voor Energievraagstukken UvA en tevens verbonden aan de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht UvA.

Met dank aan Eva Winters voor haar ondersteunend onderzoek in 2010. Zij was tot 1 april 2011 onderzoeksassistente bij het Centrum voor Energievraagstukken UvA. Ook dank aan mr. Sanne Akerboom, onderzoeker bij dit centrum, voor haar ondersteunende onderzoekwerkzaamheden ten behoeve van dit artikel.

1 Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas), *Kamerstukken II* 2011/12, 32 814, nr. 2. Deze zijn verschenen op 17 juni 2011.

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, *PbEU* van 14 augustus 2009, p. 55-93. 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, *PbEU* van 14 augustus 2009, p. 94-36. De Nederlandse wetgever is daarmee (te) laat, want diende op 3 maart 2011 de op 14 augustus 2009 van kracht geworden Derde Elektriciteit- en Gasrichtlijn te hebben omgezet.

3 De Elektriciteitswet en Gaswet kennen niet als zodanig de term 'distributienet of -systeem'. Deze begrippen zijn ontleend de definitie van distributie en distributiesysteembeheerder in artikel 2 van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 2 Derde Gasrichtlijn en uit het systeem van beide nationale energiewetten.

4 Artikel V en VI Wetsvoorstel. Zie ook MvT, p. 48.

5 Dit artikel gaat niet in op de vraag of deze overgangsregeling in overeenstemming is met het rechtszekerheidsbeginsel. De praktijk heeft belang bij zo snel mogelijk duidelijkheid omtrent eventuele aanspraken op een nieuwe ontheffing. Duidelijke beleidsregels met betrekking tot het nieuwe wettelijke systeem voor particulier netbeheer zouden dit kunnen bevorderen.

ten ruw biogas<sup>6</sup> of van tot aardgaskwaliteit opgewerkt biogas<sup>7</sup> is dit wetsvoorstel van belang. Het beoogt voor die sector vergelijkbare beperkingen met betrekking tot particuliere netten, met een belangrijke uitzondering. Kleine netwerken die dienen voor transport van uitsluitend ruw biogas vallen volgens het Wetsvoorstel buiten de reikwijdte van de Gaswet.<sup>8</sup> Daarvoor zou de ontheffingverlening voor een particulier net volgens het Wetsvoorstel niet nodig zijn, omdat geen sprake is van een net in de zin van de Gaswet.<sup>9</sup>

Dit artikel licht een en ander toe, bespreekt de consequenties van het Wetsvoorstel voor LDE's en gaat vervolgens na wat Europeesrechtelijk op grond van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en Derde Gasrichtlijn (on)mogelijk is met betrekking tot (particulier) netbeheer op maat van LDE's. Het bouwt daarmee voort op het in 2009 in SEW verschenen artikel 'Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?' en andere publicaties.<sup>10</sup>

Dat ontheffingen voor exploitatie van een particulier net de ontwikkeling van LDE's ten goede kunnen komen, neemt niet weg dat daaraan ook haken en ogen kleven, vooral uit een oogpunt van waarborgen en toezicht. Ook aan dit aspect besteedt het artikel aandacht.

## 1.2. Begripsbepaling

Particuliere netten zijn elektriciteits- en gasdistributienetten<sup>11</sup> waarvoor de Minister van EL&I op grond van artikel 15 Elektriciteitswet of artikel 2a Gaswet<sup>12</sup> een ontheffing heeft verleend van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder.<sup>13</sup> Een dergelijke ontheffing leidt ertoe dat de bepalingen uit de Elektriciteitswet 1998 (hierna: Elektriciteitswet) en Gaswet die voor netbeheerders gelden, niet van toepassing zijn op de ontheffingshouder. De wettelijke bepalingen waarvan de minister ontheffing verleent, hebben ten eerste betrekking op de wettelijke eis dat de persoon van de netbeheerder direct of indirect tot de overheid moet behoren. De beheerder van een particulier net kan een private persoon zijn en is dat ook vrijwel altijd. Door de ontheffing zijn ook de wettelijke regels voor de taken en plichten van netbeheerders en tarifiering niet van toepassing. Gemakshalve worden netten waarvoor netbeheerders zijn aangewezen en hun netbeheer hierna aangeduid met 'openbare netten' respectievelijk 'openbaar netbeheer' en wordt exploitatie van een particulier net aangeduid met particulier netbeheer.

Volgens het Wetsvoorstel kan ontheffingverlening voor particulier beheer van elektriciteits- en gasdistributienetten slechts plaatsvinden, indien het desbetreffende net voldoet aan de wettelijke omschrijving van een gesloten distributiesysteem.

Een gesloten distributiesysteem is volgens het Wetsvoorstel<sup>14</sup> een net dat niet tot het landelijk hoogspanningsnet behoort. Het moet bovendien liggen binnen een geografisch afgebakende industriële locatie, commerciële locatie of locatie met gedeelde diensten, waarop minder dan 500 afnemers zijn aangesloten. Dat systeem mag voorts alleen niet-huishoudelijke afnemers van elektriciteit voorzien, tenzij er sprake is van incidenteel gebruik door een klein aantal huishoudelijke afnemers dat werkzaam is bij of vergelijkbare betrekkingen heeft met de eigenaar van het gesloten distributiesysteem. Te denken valt aan ziekenhuis- en universiteitsterreinen, havengebieden, luchthavens, winkelcentra, kantorencomplexen en dergelijke. Het begrip 'LDE's' is nog weinig in zwang. Ik hanteer het in dit artikel om daarmee kort en krachtig naar een aantal ontwikkelingen inzake lokale productie, afname en energiemarkten te verwijzen. Er is geen eenduidige of algemeen (wettelijk) aanvaarde definitie van een LDE. Het gaat veeleer om een aantal kenmerken die zich in meerdere of mindere mate voordoen.

De in dit artikel (paragraaf 4) gegeven omschrijving van LDE's is mede gebaseerd op eerdere onderzoeken en publicaties.<sup>15</sup> Aan de hand van deze kenmerken valt het belang van distributiesystemen op maat voor LDE's te illustreren.

## 1.3. Opzet

De vraag die voorligt, is in hoeverre wetgeving voor openbaar en particulier netbeheer en het Wetsvoorstel ruimte voor dit maatwerk voor LDE's bieden. Deze vraag staat centraal in het artikel, waarbij het belang van dit maatwerk nader zal worden toegelicht.

Ik beschrijf daartoe eerst het bestaande Nederlandse en Europese wettelijke regime voor particuliere netten, vervolgens de nationale en Europese wettelijke regels voor gesloten distributiesystemen, en ik laat daarna zien welke consequenties het Wetsvoorstel heeft voor distributiesystemen op maat voor LDE's.

Daarna benoem ik de ruimte die het Europees recht biedt voor dergelijke distributiesystemen en in hoeverre de wetgever deze onbenut heeft gelaten.

6 Dat is nog niet tot aardgaskwaliteit opgewerkt biogas.

7 Technisch zijn kleine gasdistributienetwerken realiseerbaar waarop zowel lokaal opgewerkt ruw biogas als aardgas kan worden getransporteerd. Deze vallen naar alle waarschijnlijkheid wel binnen de reikwijdte van de Gaswet.

8 Artikel IIA Wetsvoorstel tot onder meer aanpassing van artikel 1 lid 1 onder b Gaswet. Zie ook MvT, p. 38.

9 Onder het huidige recht is dit overigens geen uitgemaakte zaak. Zie artikel 1 lid 1 onder b en d Gaswet. Dit volgt uit de wettelijke definitie van gas en gasnet en de mogelijke samenstelling van biogas in de praktijk.

10 Zie Sanne Akerboom, Gerrit Buist, Annelies Huijgen, Annetje Ottow en Simone Pront (red.), *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, Centrum voor Energievraagstukken UvA/Europa Instituut Universiteit van Utrecht en TNO, september 2011, Deel 2, par. 5.5. Simone Pront-van Bommel, 'Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?', SEW 2009-6, p. 244-252.

11 Het gaat daarbij om distributie in de zin van artikel 2 onder 5 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 2 onder 5 Gasrichtlijn.

12 Namens deze de raad van bestuur van de NMa op grond van het mandaatbesluit 'Besluit van de Minister van Economische Zaken van 1 juli 2005, nr. WJZ 5040271, houdende regels inzake mandaat, volmacht en machtiging voor de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Besluit mandaat, volmacht en machtiging raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit)'.

13 Artikel 10 lid 3 Elektriciteitswet en artikel 2 lid Gaswet.

14 Artikel I A en artikel II A Wetsvoorstel. Vgl. artikel 28 lid 1 en artikel 28 lid 1 Derde Gasrichtlijn.

15 Zie *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, 2011, Deel 2, par. 2.4.

## 2. Het bestaande wettelijk stelsel voor particuliere netten

### 2.1. Inleiding

Voor een goed begrip van de consequenties van het Wetsvoorstel voor distributiesystemen op maat voor LDE's is inzicht vereist in het bestaande wettelijk stelsel voor particuliere netten. Dit wordt hierna zowel vanuit nationaal- als Europeesrechtelijk perspectief, alsmede in relatie tot de algemene regels voor openbare distributienetten bekeken.

Hoofregel is, het kwam hiervoor al ter sprake, dat de eigenaar van het net een netbeheerder moet aanwijzen. Deze heeft vervolgens de instemming van de minister nodig.<sup>16</sup> Deze netbeheerder moet bovendien wettelijk in een rechtspersoon zijn ondergebracht waarvan de aandelen volledig (indirect) in handen zijn van gemeenten, provincies, Staat of andere openbare lichamen.<sup>17</sup> Het netbeheer is dus een taak van overheidsrechtspersonen en kan niet worden overgelaten aan anderen. De ontheffingverlening voor particulier netbeheer vormt daarop een uitzondering.

De wettelijke regels voor de exclusieve verplichte<sup>18</sup> taken van netbeheerders<sup>19</sup> en het door hen te hanteren tariefstelsel zijn ten gevolge van de ontheffingverlening eveneens niet van toepassing.

### 2.2. Particuliere netten Europeesrechtelijk toegestaan

Het *Citiworks*-arrest<sup>20</sup> van het Hof van Justitie EG maakt duidelijk dat 'particuliere beheer' van distributienetten ook Europeesrechtelijk is toegestaan, maar wel met alle Europese energierichtlijnbeoordelingen voor distributienetbeheer daarop van toepassing. Aanwijzing van een ander als netbeheerder dan een overheidsrechtspersoon heeft dus geen consequenties voor welke Europese rechtsregels op distributiesystemen van toepassing zijn.

Naar nationaal recht is dat anders. Ontheffingverlening voor particulier netbeheer leidt er immers toe dat de nationale regels voor netbeheer niet gelden. Via een omweg van ontheffingsvoorschriften worden de Europese regels voor distributienetbeheer vervolgens (gedeeltelijk) nationaal geïmplementeerd.

Beheer van distributienetten is volgens Europees recht, mede blijkens het *Citiworks*-arrest, dus niet een exclusieve overheidstaak. Naar Nederlands recht wel, met uitzondering van die gevallen waarvoor de minister ontheffing

heeft verleend. Zo bezien is de Europese wetgeving veel ruimer dan de Nederlandse.

Aan de lidstaten komt echter een discretionaire bevoegdheid toe om ten behoeve van de in artikel 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 3 Derde Gasrichtlijn vastgelegde universele dienstverlening strengere regels voor hun distributienetten te stellen dan de Europese. Dit biedt (vooralsnog) ruimte voor een lidstaat om het distributiebeheer volledig in handen van een overheid (rechtspersoon) te leggen. Dit wordt althans in het algemeen tot nu toe als vanzelfsprekend aangenomen. Het gaat de reikwijdte van dit artikel echter te buiten om verder uit te diepen of en tot op welke hoogte overheidsmonopolies van distributienetten nog steeds gerechtvaardigd zijn.<sup>21</sup>

### 2.3. De vrijstellingen van regels voor openbaar netbeheer nader bezien

De ontheffing leidt er ook toe dat de splitsingseisen die voor openbaar netbeheer in de Elektriciteitswet en Gaswet zijn neergelegd, niet van toepassing zijn op een particulier net. Die splitsingseisen zijn deels Europeesrechtelijk opgelegd. Maar daarmee is het Nederlandse wettelijk stelsel voor particuliere netten niet automatisch in strijd met de Derde energierichtlijnen. Dit is het geval, omdat particuliere netten kunnen worden gebracht onder de in de Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn opgenomen (optionele) vrijstelling van de splitsingseisen voor distributienetten met minder dan 100 000 aangesloten.<sup>22</sup> Deze vrijstelling kan overigens ook toepassing vinden ten aanzien van openbare netten, dit terzijde opgemerkt.

Volgens de Elektriciteitswet en Gaswet heeft de exploitant van het particuliere net (de ontheffingshouder), anders dan een aangewezen openbare netbeheerder, bovendien geen voorafgaande vaststelling of goedkeuring van de minister<sup>23</sup> respectievelijk van raad van bestuur van de NMa nodig voor de te hanteren tariefmethoden, tariefopbouw en tarieven.

De Nederlandse wetgeving is op dit punt blijkens het *Citiworks*-arrest in strijd met de regels uit de Europese energierichtlijnen inzake de vaststelling van tariefmethoden en tarieven. Sinds het *Citiworks*-arrest staat vast dat deze ook op particuliere distributienetten van toepassing zijn.

Dit arrest is nog onder de Tweede Elektriciteitsrichtlijn gewezen. De inmiddels in werking getreden Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn 'verzachten' dit regime deels (alleen) voor gesloten distributiesystemen (zie paragraaf 3.3). Een deel van de bestaande particuliere netten kan onder deze uitzondering worden gebracht.

<sup>16</sup> Artikel 10 lid 4 Elektriciteitswet en artikel 2 lid 3 Gaswet.

<sup>17</sup> Artikel 93 Elektriciteitswet.

<sup>18</sup> Zie artikel 16a lid 1 Elektriciteitswet en artikel 10 lid 4 Gaswet.

<sup>19</sup> Artikel 16 Elektriciteitswet en artikel 10 Gaswet.

<sup>20</sup> HvJ EG 22 mei 2008, zaak C-439/06, *Jur.* 2008, p. I-3913.

<sup>21</sup> *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, 2011, Deel 2, par. 4.3; zie verder S. Pront- van Bommel, 'Smart energy grids within the framework of the Third Energy Package', (*Journal*) *European energy and environmental law* 2011, volume 20 no. 2, issue 2, p. 32.

<sup>22</sup> Artikel 26 lid 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 26 lid 4 Derde Gasrichtlijn.

<sup>23</sup> Artikel 32 lid 1 en 37 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 32 lid 1 Derde Gasrichtlijn.

Dit arrest heeft wat betreft deze tarifieringseisen alleen consequenties voor particuliere netten die niet tevens voor ontheffing voor een gesloten distributiesysteem in aanmerking komen. Het Wetsvoorstel koppelt beide; volgens dit voorstel dienen particuliere netten immers per definitie een gesloten distributiesysteem te zijn.

#### 2.4. De bevoegdheid om ontheffing te verlenen

De bevoegdheid van de minister om ontheffing te verlenen is een discretionaire. Hij kan, als aan de wettelijke gronden voor een ontheffingverlening is voldaan, toch op grond van een belangenafweging de ontheffing weigeren. De weigering moet dan wel op grond van het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel plaatsvinden ter behartiging van een algemeen belang dat bescherming heeft gevonden in de Elektriciteitswet of Gaswet, zoals de leveringszekerheid.

Volgens het Wetsvoorstel is de raad van bestuur van de NMa bevoegd. Hier is sprake van een opmerkelijke bevoegdheidsverschuiving. Het is niet direct duidelijk op grond waarvan de wetgever daartoe heeft besloten. De wetgever licht zijn wetsvoorstel op dit punt verder niet toe. Waarschijnlijk is hij van oordeel dat de ontheffingverlening ligt in het verlengde van de bestaande reguleringstaak van de raad van bestuur van de NMa en namens deze van de Energiekamer.<sup>24</sup>

Het is maar hoe je het bekijkt. Het ontheffingenstelsel valt immers ook als een belangrijk politiek beleidsinstrument voor de minister op te vatten, dat onder meer valt in te zetten om pilots van slimme netten te faciliteren dan wel bijzondere lokale belangen af te wegen.<sup>25</sup> Volgens de Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn is een lidstaat overigens niet verplicht om de ontheffingsbevoegdheid aan de 'energy regulator' toe te kennen. Vanwege de beleidsvrijheid bij ontheffingverlening hebben de minister en straks de raad van bestuur van de NMa ruimte tot het voeren van beleid. Het bestaande beleid van de minister is vastgelegd in een beleidsregel.<sup>26</sup> De minister kan de ontheffing voor een particulier net ook voor een toekomstig, nog aan te leggen net verlenen. In dat geval geldt de eis dat de aanvrager aantoont dat ten minste 50% van de natuurlijke personen of rechtspersonen die op het te realiseren particuliere net worden aangesloten, op het tijdstip waarop de aanvraag wordt ingediend, bekend is. De minister moet kunnen nagaan welke afspraken met op het particuliere net aan te sluiten personen zijn gemaakt.<sup>27</sup> Op dit punt treden naar verwachting geen wijzigingen op.

Voorts geldt de eis dat de minister alleen ontheffingen verleent voor een beperkt aaneengesloten gebied, althans in ieder geval voor zover de b-ontheffingsgrond aan de orde is.<sup>28</sup> Die eis zien we terug in de voorgestelde wettelijke regeling voor gesloten distributiesystemen (zie paragraaf 1.2).

Bovendien dient het aantal aangesloten op het particuliere net beperkt te zijn. Dit aantal betreft overigens niet een specifiek maximum en wordt heden bij de ontheffingverlening afhankelijk gesteld van de omstandigheden van het geval.<sup>29</sup> Dat kunnen tientallen personen zijn.

Maar of ook honderden personen aangesloten kunnen zijn op een particulier net is onduidelijk.

Nederland hanteert wat betreft het aantal personen striktere criteria voor particulier netbeheer dan blijkens het eerdergenoemde *Citiworks*-arrest Europeesrechtelijk is vereist.

#### 2.5. De gronden voor de ontheffingverlening

Voor ontheffingverlening bestaan op grond van artikel 15 lid 2 Elektriciteitswet en artikel 2a lid 1 Gaswet de volgende gronden:

- a. het net is bestemd om de aanvrager te voorzien van elektriciteit of gas dan wel om het centrale bedrijfsproces van de aanvrager te ondersteunen; of
- b. het net is bestemd om een aantal samenwerkende natuurlijke personen of rechtspersonen te voorzien van elektriciteit of gas en de samenwerking van deze personen heeft een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functionerende energiehuishouding in hun vestigingen ten doel; of
- c. ten aanzien van het net zijn kwaliteitseisen van toepassing die in betekende mate afwijken van de voorwaarden die de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit op grond van artikel 36 of 37 Elektriciteitswet heeft vastgesteld, respectievelijk wat betreft gas afwijken van de kwaliteitseisen die gebruikelijk zijn; en
- d. de aanvrager is geen netbeheerder en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden.

De reikwijdte van gronden voor ontheffingverlening voor een particulier net zijn volgens het Wetsvoorstel beperkt:

- a. het bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem is om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd; of

24 Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, d.d. 29 september 2009, nr. P\_500142/15.01242.

25 Artikel 28 lid 1 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 28 lid 1 Derde Gasrichtlijn bieden lidstaten keuzevrijheid bij de bevoegdheidstoedeling.

26 Beleid en een beleidsregel zijn niet hetzelfde. Beleid dat is vastgelegd in een beleidsregel is op grond van artikel 1:3 lid 4 Awb een besluit en moet op grond van artikel 3:41 Awb worden gepubliceerd om in werking te treden. De beleidsregel van de minister: 'Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 9 januari 2009, nr. WJZ/9000550, *Stcrt.* 21 januari 2009, nr. 921 betreffende het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 15, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2a, eerste lid, van de Gaswet van de verplichting een netbeheerder aan te wijzen.'

27 Ontheffing verleend aan Martens Kunststoffen B.V., d.d. 9 maart 2011, nr. 103526/21.

28 CBB 15 december 2010, AWB 08/497: 'met de b-grond door de wetgever is bedoeld op een geografisch afgebakend terrein.'

29 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 261, nr. 3. Zie voor voorbeelden o.a. Ontheffing verleend aan Nyrstar Budel B.V., d.d. 15 december 2009, nr. 103298/29, 15 december 2009 (3 afnemers) en Ontheffing verleend aan Nuon Energie en Service GmbH, d.d. 21 oktober 2009, nr. 103064/21 (10 afnemers).

- b. het gesloten distributiesysteem transporteert primair elektriciteit of gas voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven.

De bestaande a-grond voor verlening van een ontheffing voor particulier netbeheer blijft volgens het Wetsvoorstel materieel gezien gehandhaafd, maar dan als nieuwe b-grond. De bestaande c-grond ziet op bijzondere kwaliteits-eisen en kan materieel worden gebracht onder de nieuwe a-grond uit het Wetsvoorstel. De b-grond komt echter geheel te vervallen. De d-eis blijft volgens het Wetsvoorstel overigens (elders) ook gehandhaafd.

De reikwijdte van de nieuwe a-grond uit het Wetsvoorstel is vanwege zijn toespitsing op technische en veiligheids-aspecten volgens een tekstuele lezing veel beperkter dan die van de huidige b-grond. En juist deze is van groot belang voor LDE's, wat paragraaf 5.2 nader toelicht.

### 3. De Europese wettelijke regeling voor gesloten distributiestelsels

#### 3.1. Inleiding

De nieuwe Europese wettelijke regeling van het gesloten distributiesystemen wordt hierna beschreven. Aan de hand daarvan zal later beoordeeld kunnen worden of deze noopt tot het schrappen van de b-grond voor ontheffingverlening voor particulier netbeheer, zoals in het Wetsvoorstel is gebeurd.<sup>30</sup> Bij de beschrijving wordt steeds een link gelegd met het Wetsvoorstel.

#### 3.2. Eisen ten aanzien van een gesloten distributiesysteem

Een net moet om als een gesloten distributiesysteem aangemerkt te kunnen worden in ieder geval voldoen aan een van de twee volgende voorwaarden die in de Derde energierichtlijnen zijn genoemd. Deze komen overeen met de nieuwe ontheffingsgronden voor particuliere netten in het Wetsvoorstel (zie paragraaf 2.5).<sup>31</sup>

Een andere belangrijke eis is dat alleen een systeem voor ontheffing in aanmerking komt dat elektriciteit of gas distribueert binnen een *geografisch* afgebakende industriële of commerciële locatie of een locatie met gedeelde diensten. Het moet dus gaan om één perceel of meerdere *aaneengesloten* percelen. Deze eis maakt volgens het Wetsvoorstel onderdeel uit van de begripsbepaling (zie paragraaf 1.2). Die eis geldt nu ook voor particuliere netten (zie paragraaf 2.4).

Europees is bovendien wettelijk dwingend bepaald dat de ontheffing in beginsel bedoeld is voor niet-huishoudelijke verbruikers. Ook deze eis vindt men terug in de begripsbepaling van het Wetsvoorstel (zie ook paragraaf 1.2). Deze eis wordt volgens de huidige wetgeving niet aan particuliere netten gesteld. Op basis van de bestaande nationale wettelijke regeling voor particuliere netten zou in principe ook ten behoeve van een woongebied een ontheffing kunnen worden verleend. Voorbeelden daarvan zijn echter schaars.

Op het gesloten distributiesysteem kunnen dus wel andere zakelijke kleinverbruikers dan huishoudens aangesloten zijn. Van kleinverbruikers is volgens de nationale energiewetgeving sprake in geval van een aansluiting op het elektriciteitsnet kleiner dan 3\*80 A en in geval van een aansluiting op het gasnet met een capaciteit kleiner dan of gelijk aan 40 m<sup>3</sup>(n) per uur. De groep van kleinverbruikers is dus veel groter dan die van huishoudens en daartoe kunnen ook (eigenaren en huurders van) kantoren en bedrijven behoren.

#### 3.3. De ontheffingen voor gesloten distributiesystemen

Als aan de voorwaarden van de Derde energierichtlijnen voor een gesloten distributiesysteem is voldaan, kunnen lidstaten de beheerder daarvan ontheffen van de verplichting uit hoofde van artikel 25 lid 5 Derde Elektriciteitsrichtlijn om de energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in zijn systeem te voorzien respectievelijk energie te kopen volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures.

Voorts is voor gesloten distributiesystemen een ontheffing mogelijk van de verplichting op grond van artikel 32 lid 1 Elektriciteitsrichtlijn en artikel 32 lid 1 Gasrichtlijn voor lidstaten om tarieven of de methoden voor de berekening hiervan goed te keuren alvorens deze in overeenstemming met artikel 37 van Derde Elektriciteitsrichtlijn of artikel 41 Derde Gasrichtlijn van kracht worden. Ratio van de ontheffingsmogelijkheid is blijkens de considerans van beide Europese energierichtlijnen dat deze administratieve verplichtingen voor gesloten distributiesystemen onevenredig belastend zijn.<sup>32</sup>

Dit betekent dat een netbeheerder van een gesloten distributiesysteem de tarieven voor de toegang tot het net niet vooraf door een regulerende instantie hoeft te laten vaststellen. Dit moet hij echter alsnog doen op het moment dat een gebruiker van het gesloten distributiesysteem verzoekt de tarieven en methoden in overeenstemming met artikel 37 te herzien en vast te stellen.<sup>33</sup>

De nationale beleidsmaker(s) en wetgever zijn overigens niet verplicht om ontheffing van deze verplichting te

30 Artikel 28 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 28 Derde Gasrichtlijn.

31 Zie artikel 15 Elektriciteitswet (Wetsvoorstel). Artikel 15: 1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan op diens aanvraag ontheffing verlenen aan een eigenaar van een gesloten distributiesysteem, van het gebod van artikel 10, negende lid, indien: a. het bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is of b. het gesloten distributiesysteem primair elektriciteit transporteert voor de eigenaar van dat systeem of de daarmee verwante bedrijven en c. de aanvrager geen netbeheerder is en niet in een groepsmaatschappij met een netbeheerder verbonden is. Vgl. artikel 2a Gaswet (Wetsvoorstel).

32 Bijv. overweging 30 van de considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

33 Artikel 28 lid 3 Derde Elektriciteitsrichtlijn.

verlenen. Het gaat immers om een Europese 'kan'-bepaling.<sup>34</sup> De Nederlandse wetgever heeft blijkens het Wetsvoorstel ervoor gekozen om van deze mogelijkheid gebruik te maken, dit ter vervanging van het bestaande wettelijk stelsel voor particuliere netten.

Het aantal uitzonderingen op de algemene Europese regels voor energiedistributiesystemen uit hoofde van gesloten distributiesystemen is dus vrij beperkt. De andere bepalingen uit de Europese energierichtlijn gelden onverkort, inclusief de plicht voor een distributienetbeheerder om iemand op zijn verzoek derdentoegang tot zijn net te verlenen.<sup>35</sup> Deze plicht om derdentoegang te verlenen geldt op dit moment ook voor particuliere netten, wat expliciet is beslist in het hiervoor genoemde *Citiworks*-arrest.

Ook de ontvlechtingseisen voor energiebedrijven zijn in beginsel van toepassing op gesloten distributiesystemen, maar daarvan kan een lidstaat vervolgens vrijstelling verlenen in geval van een distributienet met minder dan 100 000 aangesloten.<sup>36</sup> Gesloten distributiesystemen voldoen aan die eis en in het Wetsvoorstel is van deze vrijstellingsmogelijkheid gebruik gemaakt. Deze vrijstelling kan overigens ook toepassing vinden op andere distributienetten dan gesloten distributiesystemen.

### 3.4. Tussenbeschouwingen

Wat wij in Nederland onder particulier netbeheer verstaan is blijkens het *Citiworks*-arrest Europeesrechtelijk toegestaan, en blijft dat ook voor de toekomst. Op particulier netbeheer zijn vervolgens alle regels uit de Derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn van toepassing, inclusief de vrijstellingen en ontheffingen uit deze richtlijnen, ook die met betrekking tot gesloten distributiesystemen.

De nieuwe regels voor gesloten distributiesystemen zijn bedoeld als nieuwe (extra) ontheffingsmogelijkheden op de Europese dwingende bepalingen voor netbeheer. Vanuit Europees perspectief gezien is de ontheffingenregeling voor gesloten distributiesystemen dus niet bedoeld om particulier netbeheer mogelijk te maken. Dat is al het geval, mits dit voldoet aan de Europese eisen die zijn beschreven in paragraaf 2.

De b-grond voor ontheffingverlening voor een particulier netbeheer hoeft dus vanuit een oogpunt van Europees recht niet geschrapt te worden.

De toelichting op het Wetsvoorstel gaat hieraan geheel voorbij en wekt zelfs de indruk<sup>37</sup> alsof het bestaande wettelijk stelsel voor particuliere netten synchroon moet lopen met de Europese regels voor gesloten distributiesystemen. Dat echter is onjuist. Binnen de voorwaarden die het Europese recht stelt, is exploitatie van particuliere netten mogelijk, en zoals hiervoor is toegelicht, zelfs op veel ruimere schaal dan waarop de ontheffingen voor

gesloten distributiesystemen van toepassing kunnen zijn. Dit is zelfs op veel ruimere schaal mogelijk dan volgens de bestaande nationale wettelijke regeling voor particuliere netten.<sup>38</sup> Met ruimer wordt hier bedoeld: ruimer wat betreft de geografische reikwijdte en het aantal aangesloten. Europeesrechtelijk is een particulier net bijvoorbeeld toegestaan zo groot en veelomvattend als de regio Amsterdam. Daarop kunnen bovendien huishoudens aangesloten zijn.

Een deel van de particuliere netten komt daarbij vervolgens in aanmerking voor de ontheffing voor gesloten distributiesysteem. Voor een ander deel is dat niet het geval, bijvoorbeeld ingeval meer dan 500 afnemers zijn aangesloten of als huishoudens zijn aangesloten.

## 4. Distributiesystemen op maat voor LDE's

### 4.1. Inleiding

Na de beschrijving van de Europese en nationale wettelijke regimes voor particuliere netten en gesloten distributiesystemen zijn we op het punt beland waarom het in dit artikel draait, namelijk de mogelijke consequenties van het Wetsvoorstel voor distributiesystemen op maat ten behoeve van LDE's.

Deze zijn te illustreren aan de hand van kenmerken van LDE's. Deze kenmerken zijn geïnventariseerd in het kader van onderzoek naar en betrokkenheid bij diverse lokale initiatieven van marktpartijen en overheden om duurzame energie te produceren, lokaal af te zetten, daarop toegesneden distributiesystemen in te richten en afspraken te maken met afnemers en andere marktpartijen.<sup>39</sup>

### 4.2. Kenmerken van LDE's

Een eerste te noemen kenmerk van een LDE is dat duurzaamheid daarbij hoog in het vaandel staat. Dat betreft vooral de productie van duurzame energie, die vaak dicht bij de plaats van het verbruik of door de verbruiker zelf plaatsvindt. Die bronnen zijn onder meer zon en wind. Daarvoor geldt dat productie lastig te plannen is vanwege de aard van de bron. Productie van zonne- en windenergie is immers aan sterke oncontroleerbare fluctuaties onderhevig.

Op lokaal niveau zullen naar verwachting diverse veranderingen in de bestaande infrastructuur nodig zijn om deze energiebronnen goed in te passen. Die fluctuaties moeten opgevangen worden. Dat kan door een hoge mate van flexibiliteit in het distributiesysteem aan te brengen. Daarin valt te voorzien door meer 'vraagsturing',

34 R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 27.

35 Artikel 32 lid 1 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 32 lid 1 Derde Gasrichtlijn.

36 Artikel 26 lid 4 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 26 lid 4 Derde Gasrichtlijn.

37 MvT bij het Wetsvoorstel, par. 2.5.1.

38 Zie ook het *Citiworks*-arrest.

39 Dit onderzoek vindt plaats in het kader van het Centrum voor Energievraagstukken UvA. In dat kader zijn de onderzoeksnotities 'Smart grids', april 2011 en 'Lokale duurzame energievoorzieningen', januari 2011 verschenen. Zie daarvoor de website van het centrum <[www.jur.uva.nl/cve](http://www.jur.uva.nl/cve)>. Zie ook *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, 2011, Deel 2, hoofdstuk 2.

door het op- en afschakelen van andere (lokale) energieproductie-installaties of (straks) door opslag van elektriciteit en gas. Voorts zouden nieuwe beprijzings- en verrekenningsmethoden en (ICT-)innovaties kunnen worden toegepast om meer flexibiliteit in het distributiesysteem aan te brengen. Het opslaan van elektriciteit is overigens vooralsnog alleen al vanwege de daarmee verbonden kosten geen reële optie.

Een ander kenmerk van LDE's is dat vaak diverse soorten marktpartijen betrokken zijn. Een belangrijke speler kan bijvoorbeeld de gebruiker zijn die ook zelf produceert: de prosumant. Daarbij moet niet alleen gedacht worden aan huishoudens, maar ook aan lokale industrie en lokale bedrijven.

Daarnaast spelen lokale overheden regelmatig een belangrijke rol. Participerende overheden streven veelal naar samenwerking met andere partijen.<sup>40</sup> Overigens hoeft van participatie van de betrokken lokale overheid geen sprake te zijn. De totstandbrenging en exploitatie van LDE's kan ook geheel in handen liggen van particulieren. Bij een LDE kan de energie afkomstig zijn uit verschillende bronnen, bijv. opwekking van elektriciteit uit wind en zon, hergebruik van restwarmte, warmtekrachtkoppelingen (WKK's) en opwekking van energie uit verwerking van afval. Een LDE kan ten doel hebben de verschillende soorten energiestromen op elkaar af te stemmen teneinde het energieverbruik te optimaliseren. Hierbij is sprake van een vergaande geïntegreerde energievoorziening. De omschrijving van LDE's in dit artikel is ruimer dan wat in het algemeen in (Europese) beleidsdocumenten en in literatuur onder een decentrale energievoorziening wordt verstaan. De oriëntatie daarbij is veelal slechts eenzijdig gericht op decentrale of lokale *productiecapaciteit* ('decentralized generation').<sup>41</sup>

Het begrip 'LDE's' verwijst daarentegen ook naar lokale energiehandel en een lokaal distributiesysteem dat onder meer deze handel mogelijk beoogt te faciliteren. Oprichting van LDE's leidt bovendien tot andere (nieuwe soorten) afspraken tussen marktpartijen en nieuwe soorten 'prikkel' voor gebruikers om een actieve rol te vervullen. Het begrip 'LDE' verwijst daarbij ook naar de (andere) rol van de gebruiker, namelijk die van prosumant en van een eventuele participant in een LDE.

## 5. Maatwerk voor energiedistributiesystemen ten behoeve van LDE's

### 5.1. Inleiding

Een en ander is aanleiding voor de vraag wat particulier netbeheer op basis van de b-ontheffing voor andere mo-

gelijkheden biedt in vergelijking met het wettelijk gereguleerde openbaar netbeheer. In de kern verwoord: LDE's zijn gebaat bij de mogelijkheid van een distributiesysteem op maat.

### 5.2. De mogelijkheden van b-grond voor particulier netbeheer ten behoeve van LDE's

De ontheffing biedt onder meer de mogelijkheid dat lokaal distributiebeheer wordt geïntegreerd met andere energiebedrijfsactiviteiten, zoals productie, levering en aanbieden van (aanvullende) services.

Dat is het geval, omdat de ontheffingverlening ertoe leidt dat de splitsingseisen uit de Elektriciteits- en Gaswet niet gelden. Die gelden immers volgens nationale wetgeving alleen voor openbare netten. Deze bepalingen komen erop neer dat netbeheer geen deel mag uitmaken van een ondernemingsgroep waarbinnen – al dan niet in de vorm van andere rechtspersonen binnen het concern – levering of productie van elektriciteit of gas plaatsvindt. Deze wet legt dus de verplichting op tot volledige scheiding van eigendom van netbeheer van levering en productie.<sup>42</sup> In maart 2011 heeft het Hof 's-Gravenhage de Splitsingswet (Wet onafhankelijk netbeheer) weliswaar onverbindend verklaard.<sup>43</sup> Dit arrest laat echter de (oude) eis voor de krachtens artikel 10 Elektriciteitswet en artikel 3 Gaswet aangewezen netbeheerder onverlet van een personele, organisatorische en juridische scheiding tussen distributie enerzijds van levering en productie anderzijds. Ook maakt de ontheffing mogelijk dat één (rechts)persoon belast wordt met distributie van zowel warmte en elektriciteit als gas. Vooral deze combinatie van lokale exploitatie van diverse energiesoorten zou (in de toekomst) mogelijk een substantiële energie-efficiëntie kunnen opleveren. Door gebruik van de diverse (duurzame) energiebronnen flexibel op elkaar af te stemmen, valt energievervalsing naar verwachting terug te brengen en kunnen (distributie- en leverings)kosten worden beperkt, wat mede afhankelijk is van het voortschrijden van nieuwe technieken en het dalen van de kosten daarvan. Tevens biedt particulier netbeheer de mogelijkheid om LDE's te faciliteren met aanvullende andere (commerciële) diensten. Die andere diensten kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het (fysiek) balanceren van energie op het net door vraag en aanbod lokaal op elkaar af te stemmen of op het verhogen van de energie-efficiëntie bij aangesloten industrie, bedrijven en woningen zelf. Wat betreft de balanshandhaving valt ook te denken aan eigen productie of inkoop en verkoop van elektriciteit en gas door de exploitant van het distributiesysteem; of aan het op bepaalde momenten afschakelen of opschakelen van apparaten en installaties van op het particuliere net aangeslotenen, afhankelijk van behoeften en energie- en

<sup>40</sup> Overheden dienen daarbij de voor hen geldende Europese en nationale wetgeving voor aanbesteding en steunverlening in acht te nemen.

<sup>41</sup> Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen. COM(2008)19 final - 2008/0016 (COD) (2009/C 77/12; artikel 2 sub 31 Derde Elektriciteitsrichtlijn (Richtlijn 2009/72/EG); Richtlijn 2003/54/EG; vgl. Standpuntendocument Decentrale Opwekking, Gevolgen van decentrale opwekking voor de regulering van elektriciteitsnetwerken, DTe, mei 2004.

<sup>42</sup> Artikel 10 b Elektriciteitswet e.v. en artikel 2c Gaswet.

<sup>43</sup> Tegen dit arrest is cassatie ingesteld.

distributieprijzen, daarmee samenhangende lokale handel en natuurlijk van de daartoe gemaakte afspraken met en tussen de aangesloten op het particuliere net. De exploitant van een particulier net kan tevens een handelsplatform exploiteren waarop vraag en aanbod van elektriciteit en gas worden samengebracht. Het gaat hier om activiteiten die openbare distributienetbeheerders veelal niet mogen verrichten.<sup>44</sup> Netbeheerders moeten zich op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet immers beperken tot een limitatief aantal netbeheertaken.<sup>45</sup> Andere (commerciële) activiteiten zijn voor hen niet toegestaan. Verder is relevant dat voor particuliere netten geen gedetailleerde eisen voor tariefopbouw en -tarieven gelden (zie paragraaf 2) en ook de diverse Elektriciteits- en Gascodes voor distributie en transport van elektriciteit en gas daarop niet van toepassing zijn. Dit biedt ruimte voor gedifferentieerde tarifiering, afhankelijk van de inrichting van een LDE.

Ook aan de hand van aan de nationale ontheffingenpraktijk ontleende casuïstiek valt het belang van de b-ontheffingsgrond voor LDE's te illustreren. Deze heeft bijvoorbeeld toepassing gevonden in het volgende geval. De exploitant ging op zijn net met behulp van de b-ontheffing centrale uit afval- en reststoffen energie produceren en de betreffende centrale werd gekoppeld aan een WKC, die de door de centrale geproduceerde hogedrukstoom omzette in elektriciteit en lagedrukstoom ten behoeve van de aangesloten. Het doel daarbij was om de fossiele brandstof aardgas te vervangen door de alternatieve brandstof afval. Daarbij was sprake van een geïntegreerd stelsel, waarbij de diverse componenten op het net door aangesloten werden gevoed waarbij onderlinge afhankelijkheid van de componenten bestond.<sup>46</sup> Deze integratie van diverse energiebedrijfsactiviteiten was een belangrijke reden om in dit geval de ontheffing op basis van de b-grond te verlenen. Deze activiteiten waren niet toegestaan in het kader van openbaar netbeheer. De mogelijkheid voor een dergelijk geïntegreerd stelsel komt waarschijnlijk te vervallen bij ongewijzigde inwerkingtreding van het Wetsvoorstel.

Ook het volgende voorbeeld is illustratief. Dit heeft betrekking op een net dat werd ingezet om elektriciteit geproduceerd op warmtekrachtinstallaties van het ene bedrijf, te distribueren naar het naastgelegen bedrijf. Het volgende was van belang. De door de warmtekrachtinstallaties geproduceerde warmte en CO<sub>2</sub> werden aldaar efficiënt gebruikt. De warmtekrachtinstallaties werden bovendien op CO<sub>2</sub> en op warmtevraag aangestuurd. De elektriciteit die niet

door de aangesloten op het net werd gebruikt, werd via het inkooppunt teruggeleverd. Op dit inkooppunt werd eveneens energie ingekocht ten behoeve van de eigen elektriciteitsvraag voor de overige bedrijfsvoering van de afnemers op het net. Door de realisatie van dit net kon een energiebesparing worden gerealiseerd.

De ontheffing voor particulier netbeheer werd in dit geval op basis van de b-grond verleend, omdat met het net energiebesparing werd gerealiseerd. Voorts was voor de ontheffing van belang dat voor de investeringen en transporttarieven de regionale netbeheerder gebonden was aan de wettelijk vastgestelde tarieven. De openbare netbeheerder in kwestie kon de gewenste diensten (onder meer) daarom niet leveren.<sup>47</sup>

Overwegingen voor de ontheffingverlening in deze gevallen zijn van belang voor LDE's in het algemeen. De voorbeelden illustreren dat LDE's baat kunnen hebben bij een distributiesysteem op maat. In deze gevallen waren kwaliteitseisen noch technische en veiligheidskwesties reden om de ontheffing te verlenen. Het is daarom maar de vraag of deze gevallen straks volgens het Wetsvoorstel voor een nieuwe ontheffing in aanmerking komen. Het vervallen van de bestaande b-grond heeft dus mogelijk vergaande consequenties voor LDE's.

### 5.3. De b-grond voor particulier netbeheer Europeesrechtelijk beoordeeld

Particulier netbeheer is Europeesrechtelijk toegestaan, mits dit geschiedt overeenkomstig de algemene regels voor distributiesystemen uit de Derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn. Van een aantal van die regels is vervolgens ontheffing of vrijstelling mogelijk.

Europeesrechtelijk kunnen bovendien ten behoeve van LDE's productie, levering en distributie geïntegreerd plaatsvinden. Dat kwam al hiervoor ter sprake (zie paragraaf 2.3).

Wat betreft de diverse balanceringsdiensten van een particulier netbeheerder bieden de Europese energierichtlijnen minder duidelijkheid. Deze bevatten geen expliciete bepalingen daarover.<sup>48</sup> Voor het antwoord op de vraag welke activiteiten openbare en particuliere distributienetbeheerders mogen verrichten, zijn algemene Europeesrechtelijke regels inzake mededinging en vrij verkeer van diensten bepalend. Vooralsnog lijkt hier geen sprake te zijn van bijzondere Europeesrechtelijke barrières voor deze balanceringsdiensten.

Europeesrechtelijk is voorts vereist dat de 'particuliere distributienetbeheerder' objectief bepaalbare en verifieer-

44 *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, 2011, Deel 2, hoofdstuk 10; Artikel 16 lid 1 en 2 en artikel 17 lid 1 Elektriciteitswet en artikel 10, 10a lid 1 en 10b Gaswet.

45 Ibid.

46 Bijv. het besluit van de Minister van EZ, d.d. 22 oktober 2010, nr. 103346 /11 (ontheffing Reststoffen Energie Centrale B.V.); zie voor andere voorbeelden van particuliere netten die straks mogelijk niet meer zijn toegestaan gelet op het Wetsvoorstel: Ontheffing verleend aan Houwen onroerend goed B.V./Stargrowers v.o.f. d.d. 19 september 2009, nr. 103079/21.BT1351; Ontheffing verleend aan Energie Combinatie Wieringermeer Netwerk B.V. van 24 september 2009, nr. 103214/44; Ontheffing verleend aan Prominent Groeneweg 2 OG B.V. van 22 augustus 2007, nr. 102701/8.

47 Zie besluit van de Minister van EZ van 19 september 2009, nr. 103079/21.BT1351.

48 Vgl. artikel 25 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 25 Derde Gasrichtlijn.

bare, (van tevoren) kenbare redelijke tarieven of tariefmethoden gelijkelijk jegens zijn aangesloten hanteert. Deze voorwaarden bieden voor particulier netbeheer echter alle ruimte tot een lokaal tarievenstelsel 'op maat'. Per lokaal distributiesysteem kunnen Europeesrechtelijk verschillen optreden, mits die verschillen zijn te rechtvaardigen op grond van specifieke lokale omstandigheden en per lokaal distributiesysteem ten aanzien van zijn aangesloten deze eisen in acht worden genomen. Voorts geldt op grond van Europees recht ook voor particuliere netbeheerders een (geclausuleerde) aansluitplicht en moet derdentoegang verzekerd zijn. Deze houdt blijken het *Citiworks*-arrest in dat aangesloten op een particulier net vrijheid van leverancierskeuze moeten hebben en daarbij niet verplicht kunnen worden om af te nemen van een particulier netbeheerder die ook levert, of van de door de particulier netbeheerder gecontracteerde leverancier.

Op zaken zoals de aansluitplicht, de eisen voor tarifiering<sup>49</sup> en derdentoegang moet het bestaande wettelijke stelsel voor particuliere netten wel worden aangepast, maar dat kan met behoud van de b-grond. Dat zou dan kunnen geschieden op vergelijkbare wijze als nu in het Wetsvoorstel voor gesloten distributiesystemen is gebeurd.<sup>50</sup> In het Wetsvoorstel is bijvoorbeeld uitdrukkelijk opgenomen dat iemand in het desbetreffende gebied ook recht op aansluiting op het gesloten distributiesysteem heeft, mits de aansluiting voldoet aan de kwaliteitseisen die de particuliere netbeheerder daaraan mag stellen.<sup>51</sup>

#### 5.4. Tussenbeschouwingen

Volgens huidig nationaal recht is een distributiesysteem 'op maat' voor LDE's wel mogelijk voor particuliere, maar niet voor openbare netten. Als straks de b-grond komt te vervallen zal die mogelijkheid naar verwachting worden beperkt.

De nieuwe b-grond, de opvolger van de huidige a-grond, die materieel de bestaande a-grond opvolgt (zie paragraaf 3.2), biedt immers geen toereikend alternatief. Ontheffingverlening uit het verleden geeft aanleiding om dit veronderstellen.<sup>52</sup> De bestaande a-grond is restrictief van aard. Voor toepassing daarvan dient het productieproces van de aangesloten op het particuliere net sterk verweven te zijn met of verwant te zijn aan dat van de exploitant/eigenaar van het particuliere net. Dit doet zich voor bij ziekenhuizen, universiteiten, mogelijk bij een chemisch industrieel complex, maar in het algemeen niet

bij gemengde bedrijfs-, industrie- en kantorenterreinen met diverse soorten gevestigden.<sup>53</sup>

De a-grond in het Wetsvoorstel biedt waarschijnlijk ook geen oplossing. Deze houdt immers in dat het bedrijfs- of productieproces van de gebruikers van een gesloten distributiesysteem om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd dient te zijn. Veel zal afhangen van de interpretatie van deze eis. De ratio van een gesloten distributiestelsel om 'optimale efficiëntie van een geïntegreerde energievoorziening te waarborgen' pleit voor een ruime uitleg.<sup>54</sup> Maar ook een extensieve interpretatie van de nieuwe a-grond kent zijn grenzen. Integratie van diverse energiebedrijfsactiviteiten en het bieden van een lokaal handelsplatform vallen bijvoorbeeld moeilijk als technische of veiligheidsredenen aan te duiden. Juist deze zaken kunnen op dit moment reden zijn om een b-ontheffing voor particulier netbeheer te verlenen ten behoeve van LDE's (paragraaf 5.2).

Voor het schrappen van de b-grond stelt het Wetsvoorstel ook niets anders in de plaats, bijvoorbeeld nieuwe ontheffingsregels voor gedifferentieerd openbaar netbeheer op maat van LDE's. Dat had Europeesrechtelijk overigens wel gekund.

Een verdere zoektocht naar andere alternatieven leidt ons naar de Crisis- en herstelwet. Deze kent een bijzonder voorziening voor innovatieve duurzame projecten. Die is geregeld in Afdeling 2 Hoofdstuk 2 Chw (experimenterartikelen artikel 2.4 en volgende Chw). Het moet wel gaan om een project dat de bestrijding van de economische crisis ten goede komt. De Chw stelt verder geen beperkingen. Dat neemt niet weg dat bij deze voorziening de genoemde Europese eisen voor distributienetten moeten worden nageleefd.

Met deze voorziening vallen – in theorie – zelfs op ruime schaal particuliere elektriciteitsdistributiesystemen op maat voor LDE's te realiseren dan volgens de bestaande regeling in de Elektriciteitswet. De Chw biedt echter niet de mogelijkheid om van de Gaswet af te wijken.

## 6. Toezicht op particuliere lokale distributiemonopolies

Ontheffing voor particuliere exploitatie van distributiesystemen zal er in het algemeen toe leiden dat voor een klein afgebakend gebied in feite een soort van minimonopolie ontstaat. De houder van de ontheffing zal in dat gebied veelal de enige 'netbeheerder' zijn en marktpartijen die

49 Zie voor nadere precisering overweging 40 van het arrest HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-274/08: 'Het doel van de richtlijn kan slechts worden bereikt door de vaststelling van concrete tarieven of een methode voor de berekening van de tarieven die zo nauwkeurig is dat de marktdeelnemers kunnen ramen hoeveel de toegang tot de transmissie- en distributienetwerken kost.'

50 Vgl. MvT bij het Wetsvoorstel, p. 27 en 28.

51 Recht op derdentoegang is overigens niet hetzelfde als recht op aansluiting, maar deze rechten hangen wel nauw met elkaar samen, wat in dit artikel niet verder wordt toegelicht. Zie verder de annotatie van Simone Pront-van Bommel bij het arrest HvJ EG 9 oktober 2008, zaak C-239/07, *Jur.* 2008, p. I-7523 (toegang en aansluiting op het elektriciteitsnet), *SEW* 2009-7/8, p. 310.

52 Besluit van de Minister van EZ van 7 juni 2007, nr. 101965 / 27. Het ging om een geval waarin de exploitant verschillende utilities leverde. Eerst was de ontheffing op grond van de a-grond verstrekt, achteraf ten onrechte. Vervolgens werd deze opnieuw op basis van de b-grond verleend.

53 Besluit van de Minister van EZ van 7 december 2007, nr. 102797/12 (ontheffing NWO). De ontheffing werd uiteindelijk op de c-grond verleend. Besluit van de Minister van EZ van 8 juni 2011, nr. 103495/21 (ontheffing Stichting Katholieke Universiteit Nijmegen). Besluit van de Minister van EZ van 10 augustus 2011, nr. 103644/12. De aangesloten zijn in dit geval historisch aan elkaar gebonden en leveren producten aan elkaar.

54 Overweging 30 van de Considerans van de Derde Elektriciteitsrichtlijn.

in dat gebied zijn gevestigd of zich willen vestigen zullen op hem aangewezen zijn voor distributie van energie. Zij hebben mogelijk recht op aansluiting op het dichtstbijzijnde openbare net, maar praktisch gezien zouden daarvoor wel hoge financiële en mogelijk ook technische barrières aanwezig kunnen zijn.

Op basis van de algemene Europese rechtsnormen voor distributiesystemen kan daar waar nodig weliswaar aan aangesloten op het particuliere net bescherming worden geboden. Dit zou dan een taak van de nationale 'energy regulator' oftewel energietoezichthouder zijn, in Nederland de Energiekamer namens de raad van bestuur van de NMa. Dergelijk toezicht is Europeesrechtelijk verplicht.<sup>55</sup>

Vanwege de vaagheid van de Europese eisen voor distributiesystemen staat de Energiekamer daarbij echter voor een lastige opgave. Om te beginnen zal een set van nationale bij of krachtens wettelijk voorschrift gestelde eisen nodig zijn ter nadere invulling van deze Europese eisen om vervolgens handhavend op te kunnen treden bij overtreding daarvan. Zonder deze eisen is het immers niet mogelijk om sancties op te leggen aan ontheffingshouders wegens overtreding van bij en krachtens de wet gestelde eisen. Deze eisen dienen uit Europeesrechtelijke optiek dwingend wettelijk vastgelegd te worden,<sup>56</sup> rechtstreeks algemeen geldend of om in het concrete geval verplicht aan de ontheffing te verbinden.

Voorts is het de vraag of de Energiekamer voldoende bemand is om op een groot aantal particuliere minimonopolies toezicht te houden. Maar mag dit een reden zijn om dan maar de mogelijkheden voor particulier beheer van distributiesystemen op maat zo veel mogelijk in te dammen? Dit behoeft nadere overdenking, waarvoor dit artikel, gelet op de reikwijdte daarvan, weinig ruimte biedt.

## 7. Slotbeschouwingen

Het Wetsvoorstel leidt tot een wezenlijke inperking van mogelijkheden voor exploitatie van particuliere netten en zou weleens een rem op de ontwikkeling van distributiesystemen op maat ten behoeve LDE's kunnen zijn. Dit heeft vooral te maken met het vervallen van de b-grond voor ontheffingen voor particuliere netten. Deze grond

ziet op een samenwerking van aangesloten op het net met betrekking tot een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieu hygiënisch verantwoord functionerende energiehuishouding. Deze ontheffing maakt energiebedrijfsactiviteiten mogelijk die wettelijk niet zijn toegestaan voor openbaar netbeheer, maar wel van veel nut kunnen zijn om een LDE optimaal te laten functioneren. In dit artikel zijn daarvan diverse voorbeelden gegeven.

Bovendien zal het volgens het Wetsvoorstel in het algemeen niet meer mogelijk zijn om huishoudens op een particulier net aan te sluiten.

De Derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn verplichten echter niet tot het schrappen van deze b-grond. Particulier netbeheer is immers in beginsel Europeesrechtelijk toegestaan, mits dit geschiedt binnen de kaders van de Europeesrechtelijke wettelijke eisen voor energiedistributiesystemen. Deze zijn in dit artikel benoemd.

Bovendien is ook aansluiting van huishoudens op een particulier net Europeesrechtelijk toegestaan.

Vanuit Europees perspectief bezien kunnen particuliere netten daarbij onder verschillende regimes vallen. De particuliere netten die tevens voldoen aan de eisen van een gesloten distributiesysteem komen in aanmerking voor de daarvoor geldende (optionele) Europese ontheffingen. Andere particuliere netten voldoen mogelijk niet aan de eisen voor een gesloten distributiesysteem. Die kunnen dan wel nog in aanmerking komen voor de vrijstelling van de splitsingseisen. Voorts biedt het Europeesrechtelijk kader ruimte voor een afwijkend tarievenstelsel op maat voor LDE's, mits dit voldoet aan de Europese eisen van objectief bepaalbare en verifieerbare, (van tevoren) kenbare redelijke tarieven of tarievenmethoden. Deze moeten vervolgens gelijkelijk jegens de aangesloten op het particuliere net worden gehanteerd. Per net kunnen deze vervolgens verschillen afhankelijk van de lokale omstandigheden. Deze mogelijkheden staan overigens Europeesrechtelijk ook open voor openbaar netbeheer, anders dan volgens nationaal recht.

Een en ander is reden om het Wetsvoorstel kritisch onder de loep te nemen, temeer omdat een beperking van mogelijkheden tot het lokaal slim en op maat distribueren van elektriciteit en gas moeilijk zijn te verenigen met de ambities van het huidige kabinet om aan initiatieven voor lokale energievoorzieningen en (daarmee samenhangende) pilots voor slimme distributiesystemen (ook wel: *smart grids*)<sup>57</sup> ruimte te geven.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Artikel 37 Derde Elektriciteitsrichtlijn en artikel 41 Derde Gasrichtlijn.

<sup>56</sup> Simone Pront-van Bommel, 'Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?', *SEW* 2009-6, p. 244-252.

<sup>57</sup> Smart grids is een vaag concept dat verwijst naar de nieuwe inrichting en functies van toekomstige energienetwerken. Dit concept heeft daarnaast ook betrekking op andere vernieuwingen die nodig zijn met betrekking tot productie, verbruik en distributie van elektriciteit en gas, zoals met betrekking tot het op grote schaal kunnen faciliteren van elektrisch vervoer en realisatie van substantiële energie-efficiëntie, alsmede de benodigde modernisering van het internationale transmissiestelsel. Zie *Smart grid pilots, Handvatten voor toepassing van Wet- en Regelgeving*, 2011, Deel 2, par. 2 en 3; Zie verder 'Smart energy grids within the framework of the Third Energy Package', 2011.

<sup>58</sup> Regeling van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 27 mei 2010, nr. WJZ/11034132, tot wijziging van de Subsidieregeling energie en innovatie in verband met proeftuinen intelligente netten, *Stcrt.* 2011, 9788, Bijlage 3.10.1, 'Afbakening' en de Toelichting. Zie Regeerakkoord VVD-CDA en lokale energievoorzieningen, Vrijheid en verantwoordelijkheid, p. 12-13 en Brief van de Minister van EL&I aan de Tweede Kamer, van 22 maart 2011, betreffende antwoord op verzoeken van 2 maart 2011 en 16 maart 2011, kenmerk ETM/ED/11041730; en Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Energierapport* 2011, Den Haag juni 2011, p. 44 e.v. (par. 5.2) dat is gepubliceerd op de website van het ministerie.