Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.105296

File ID	uvapub:105296
Filename	Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?
Version	final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article
Title	Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?
Author(s)	S. Pront-van Bommel
Faculty	FdR
Year	2009

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.368472

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).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-22)

Particuliere elektriciteitsnetten onder communautair vuur?

102

Dr. S. Pront-van Bommel[1]

In Nederland bestaat een groot aantal particuliere elektriciteitnetten, waarvoor een ontheffing door de Minister van Economische Zaken is verleend op grond van art. 15 Elektriciteitswet. Of deze op grond van communautair recht zijn toegestaan werd naar aanleiding van het Citiworks-arrest (HvJ EG 22 mei 2008, C-439/06) betwijfeld. De conclusie is dat deze netten zijn toegestaan, maar dat daaraan op grond van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn nadere eisen inzake de toegang tot en aansluiting op het net dienen te worden gesteld. Dat is recentelijk gebeurd bij een ministeriële beleidsregel.

Algemeen

In Nederland bestaan meer dan tweehonderd particuliere elektriciteitsnetten. Een particulier net in de economische zin van het woord dient decentrale gebruikers. Het biedt naast een economisch ook een energetisch rendement en het leidt tot besparingen op de aansluit- en transportkosten bij decentrale opwek. Een particulier net komt onder meer tot stand als een netbeheerder niet tijdig en/of niet (tegen redelijke kosten) de gevraagde voorziening kan leveren. Het biedt vaak betere mogelijkheden dan decentrale openbare netten om vraag en aanbod van aangeslotenen op elkaar af te stemmen of bepaalde bedrijfsdoeleinden te dienen. De exploitatiemogelijkheden zijn daarbij mede afhankelijk van het aantal aansluitingen – dat meestal beperkt is – en ook de (typen) gebruikers is daarbij van groot belang, of dit alleen producten, afnemers of beiden zijn.[2] De praktijk laat een grote diversiteit aan particuliere netten zien, variërend naar bedrijfsdoelstellingen, omvang, aantal en typen aangeslotenen en dergelijke. Soms zijn daarop ook bewoners aangesloten. Deze netten zijn bijvoorbeeld aangelegd bij het Mahler4-project aan de Zuidas van Amsterdam en op de luchthaven Schiphol en omgeving.

Voor een particulier net is op grond van art. 15 Elektriciteitswet 1998 (E-wet) een ontheffing van de Minister van Economische Zaken (de minister) nodig van de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen.[3] Met de ontheffing is de exploitant tevens uitgezonderd van de voor de netbeheerders geldende strikt gereguleerde wettelijke taken.[4] Een exploitant van een particulier net is daarmee vrijgesteld van vele bepalingen uit hoofdstuk 5 van de E-wet. In dit verband zijn in het bijzonder art. 23 en 24 E-wet van belang die het recht op aansluiting en transport over het net regelen op grond van non-discriminatoire, transparante voorwaarden. Deze bepalingen dienen, ter implementatie van art. 20 Tweede Elektriciteitsrichtlijn 2003/54/EG (Tweede E-richtlijn), ertoe het recht van eenieder op toegang tot het openbare net te verzekeren.[5] De vraag is of particuliere netten, gelet hierop, in strijd zijn met het communautaire recht.

Die vraag is beantwoord in de recente prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie van de EG van 22 mei 2008 (C-439/06), het Citiworks-arrest. Dit arrest heeft betrekking op het door Flughafen Leipzig/Halle geëxploiteerde particuliere elektriciteitsnet, gelegen op het terrein van de luchthaven, waarop 93 bedrijven en anderen waren aangesloten. Citiworks, een elektriciteitsleverancier, had hoger beroep ingesteld tegen het besluit van het Ministerie voor Economie en Werkgelegenheid van de deelstaat Sachsen tot verlenen van het statuut van een particuliere energievoorziening aan FLH.[6] Ten gevolge van deze overheidsbeslissing was FLH volgens de betrokken Duitse wetgeving niet (langer) verplicht om eenieder toegang tot dit net te verlenen.[7] In zoverre is FLH vergelijkbaar met een particulier net in Nederland waarvoor geldt dat de exploitant daarvan niet is onderworpen aan art. 23 en 24 E-wet. FLH is in het bijzonder vergelijkbaar met het particuliere elektriciteitsnet van Schiphol.

Blijkens dit arrest valt in beginsel ook een particulier net onder het bereik van art. 20 Tweede E-richtlijn en heeft

1 Dr. S. Pront-van Bommel is verbonden aan de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht UvA en belast met onderzoek en opleidingen energie in het kader van het Centrum voor Energievraagstukken in oprichting aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid UvA.

2 Art. 15 lid 2 aanhef E-wet stelt als voorwaarde voor een ontheffing dat sprake is van een beperkt aantal aangesloten.

3 Art. 10 E-wet.

4 De netten waarvoor een ontheffing is verleend, worden verder aangeduid als particuliere netten. Netten waarvoor een netbeheerder is aangewezen worden hierna ook wel aangeduid als openbaar net. Voor gasnetten geldt een vergelijkbaar stelsel als voor de exploitatie van particuliere netten en kan ontheffing verleend worden op grond van art. 2a Gaswet (Gw). De gasnetten worden verder, om de omvang van het artikel te beperken, buiten beschouwing gelaten.

5 Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit inhoudende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *PbEU*, L 176/37.

6 Par. 110, lid 1, punt 1 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG).

7 Par. 20, lid 1 eerste volzin, EnWG.

eenieder op grond daarvan het recht op toegang tot dit net.[8]
Het arrest is van groot belang voor de Nederlandse energiesector. In Nederland bestaan immers vele particuliere elektriciteitsnetten op onder andere industrie- en bedrijfsterreinen, bij kantoorcomplexen, of ten behoeve van ziekenhuizen en glastuinbouwbedrijven.[9] Mede naar aanleiding van dit arrest heeft de minister een nieuwe beleidsregel vastgesteld voor het verlenen van ontheffingen.[10] Kennelijk is de minister van oordeel dat particuliere netten in overeenstemming zijn met art. 20 Tweede E-richtlijn.
In dit artikel wordt beoordeeld of het Nederlandse regelgevend kader voor particuliere netten zich inderdaad met de Tweede E-richtlijn verdraagt, in het bijzonder met art. 20 daarvan.
Achtereenvolgens wordt daartoe beschreven wat het recht van toegang tot het elektriciteitsnet inhoudt, wat dit recht te maken heeft met de aanspraak van afnemers van elektriciteit op universele dienstverlening, de taken en positie van de netbeheerder en de nationale regelgeving betreffende particuliere netten, om op basis daarvan de voorliggende vraag te beantwoorden.

Het recht van eenieder op toegang tot het distributienet volgens communautair recht

Art. 20 Tweede E-richtlijn is, voor zover van belang, van toepassing op distributiesystemen. Het Citiworks-arrest maakt duidelijk dat ook een net dat wij naar nationaal recht als een particulier net aanmerken, een distributienet is. Distributie is immers elk transport van elektriciteit langs hoog, midden- en laagspanningsdistributiesystemen met het oog op de belevering van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen.[11] Het maakt voor de toepassing van deze richtlijnbepaling niet uit wat de omvang van het net is, wat de bedrijfsdoeleinden van de exploitant zijn, of de exploitatie van het net een hoofd- of bijdoel is. Ook is irrelevant of het net in *eigendom* toebehoort aan een particulier, een overheid of een rechtspersoon die (volledig) in handen is van een overheid.[12] Voorts valt uit de richtlijn af te leiden dat het *beheer*, in de zin van de richtlijn, van het net volgens het communautaire recht niet noodzakelijkerwijs direct of indirect in handen van een overheid dient te zijn.
Art. 20 Tweede E-richtlijn is dus ook van toepassing op particuliere netten en verbiedt deze niet. Wel dient ook voor dit soort netten het recht op toegang door de lidstaat te zijn verzekerd door implementatie daarvan in de nationale regelgeving en uitvoeringspraktijk. Dat is reden om de reikwijdte van dit recht nader te bezien.
Het recht op toegang is niet zonder meer hetzelfde als het recht op aansluiting op het net. Dit is recentelijk expliciet uitgemaakt door het Hof van Justitie van de EG in zijn arrest van 9 oktober 2008.[13] Volgens dit arrest dient toegang tot het netwerk te worden begrepen als het recht om elektriciteitsnetten te gebruiken, en komt de aansluiting overeen met de fysieke verbinding met het netwerk. Het recht op toegang houdt in het recht van een aangeslotene op een distributienet om een leveringscontract te sluiten met de leverancier naar eigen keuze of, andersom, het recht van een leverancier om te contracteren met een aangeslotene op dat net. Die leverancier is veelal, zoals ook in het Citiworks-arrest, elders op een ander net aangesloten. Blijkens het arrest van 9 oktober 2008 mag een lidstaat marktpartijen wel beperken in hun keuze op welk (soort) net zij worden aangesloten, mits het recht op toegang tot het net daarbij gewaarborgd blijft. Aangeslotenen zijn in het algemeen, zoals hierna nog nader wordt toegelicht, aangewezen op het meest nabijgelegen regionale openbare net. Per gebied bestaat één regionaal openbaar net.
Toegang tot het net ziet bijvoorbeeld ook op aanvullende dienstverlening door netbeheerders betreffende datacommunicatie, voor zover marktpartijen afhankelijk zijn van door netbeheerders te verstrekken gegevens voor de uitvoering van de diverse elektriciteitsovereenkomsten. Dit is het geval gelet op de op de E-wet gebaseerde Codes.[14] Zo mag een aangeslotene voor zijn netaansluiting(en) niet zelf zijn meetverantwoordelijkheid uitoefenen, maar dient een erkende meetverantwoordelijke daartoe te machtigen. De meetverantwoordelijke is daarmee tevens gemachtigd om aan de netbeheerder de benodigde informatie over de aangeslotenen uit het aansluitingenregister op te vragen. De meetverantwoordelijke kan op basis daarvan vervolgens de meetgegevens met betrekking tot de desbetreffende aansluiting in het aansluitingenregister invoeren. De meetgegevens kunnen daarna door tussenkomst van de netbeheerder worden verstrekt aan diverse marktpartijen, ook aan de leverancier van de desbetreffende aangeslotene. Zowel degene met een aansluiting op het openbare net als zijn leverancier, hebben recht op deze diensten van de netbeheerder. Voor de leverancier is dit veelal voorwaarde voor daadwerkelijke toegang tot het net. De exploitant van een particulier net is tot deze dienstverlening echter niet verplicht.

8 Dit artikel bepaalt dat de lidstaten zorgdragen voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transmissie- en distributiesystemen, gebaseerd op gepubliceerde tarieven die voor alle in aanmerking komende afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen gebruikers van het systeem. De lidstaten zorgen ervoor dat deze tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methoden voorafgaand aan hun toepassing worden goedgekeurd overeenkomstig art. 23 van de richtlijn en dat deze tarieven en, wanneer alleen de methoden zijn goedgekeurd, de methoden worden gepubliceerd voordat deze in werking treden.
9 Zie voor een overzicht van een groot aantal particuliere netten het Advies ontheffing aanwijzen netbeheerder, van de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet (DTe; thans Energiekamer), nr. 00-003, van 31 januari 2000.
10 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 art. 15 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en art. 2a lid 1 Gaswet van de verplichting een netbeheerder aan te wijzen.
11 Art. 2 lid 3 en 5 Tweede E-richtlijn.
12 De conclusie van de A-G J. Mazák van 13 december 2007 in de onderhavige zaak is op dit punt duidelijk. Zie par. 75 t/m 87.
13 C-239/07.
14 Art. 31 en 26 E-wet. In dit verband zijn met name de onderdelen 1.3.4, 1.3.5, 1.3.6 e.v. 3.1.1.4 en 1.3.1a Meetcode relevant.

Recht op een universele dienstverlening volgens communautair recht

Doel van de Tweede E-richtlijn is het waarborgen van de universele dienstverlening betreffende elektriciteit. 'Universele dienstverlening' is een communautair begrip en wordt omschreven als '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'.[15] Deze ziet op voorzieningen die voor burgers maatschappelijk gezien van primair belang worden geacht, zoals elektriciteit, maar ook gas, telecom, water, gezondheidszorg en dergelijke en houdt dus in beschikbaarheid voor eenieder, in het bijzonder voor consumenten, van nutsdiensten, onder redelijke voorwaarden, zoals min of meer gelijke en betaalbare prijzen.[16]

Het recht op universele dienstverlening is voor de elektriciteitssector vastgelegd in art. 3 lid 3 Tweede E-richtlijn. Doel daarvan is blijkens dit artikel en overweging 24 van de considerans van de richtlijn de bescherming van consumenten en kleine en middelgrote ondernemingen.[17] Deze is dus beperkt tot een nader bepaalde groep van personen. Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft overigens ter discussie gesteld of een aanspraak op universele dienstverlening tot deze groep afnemers beperkt dient te blijven en of een verschillende behandeling afhankelijk van het type afnemers gerechtvaardigd is. Het EESC agendeert daarmee de vraag of met 'consument' niet elke eindgebruiker moet worden bedoeld. Deze kan ook een onderneming zijn.[18]

De universele dienstverlening omvat volgens de genoemde richtlijnbepaling onder meer het recht van 'beschermde' eindafnemers op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen op hun grondgebied. Voorts behoort daartoe ook de verplichting voor distributiebedrijven om afnemers op hun netwerk aan te sluiten overeenkomstig de voorwaarden en tarieven die zijn vastgesteld volgens de procedure van art. 23 lid 2 Tweede E-richtlijn.

Het recht op toegang tot het net en een aanspraak op universele dienstverlening zijn dus niet hetzelfde. Het recht op toegang tot het net is weliswaar een belangrijke voorwaarde om te kunnen voorzien in de universele dienstverlening, maar dit recht geldt voor een grotere groep dan de groep die aanspraak maakt op universele dienstverlening. De universele dienstverlening heeft bovendien niet alleen betrekking op transport, maar ook op het zeker stellen van de levering van elektriciteit voor een groep van 'beschermde' eindverbruikers tegen een redelijke prijs.

De richtlijnbepaling over deze universele dienst is een algemene regel die voor de hele elektriciteitssector geldt. Gelet hierop moet deze ook van toepassing worden geacht op een particulier net. Ook daarop kunnen immers consumenten aangesloten zijn. Ik noem in dit verband de toekomstige bewoners van de appartementen binnen het Mahler4-project aan de Amsterdamse Zuidas. Dit leidt tot de vraag of een exploitant van een particulier net daarmee belast kan worden. De Tweede E-richtlijn sluit dit niet uit, mits daarbij wordt voldaan aan de minimumeisen die daarvoor in de Tweede E-richtlijn zijn gesteld. Daarin wordt geen uitspraak gedaan over de manier waarop dit resultaat moet worden bereikt of over de hoedanigheid van de dienstverlener. De diensten hoeven kennelijk volgens de richtlijn niet door nationale dienstverleners te worden verricht.[19]

Om het recht op een universele dienst te waarborgen verplicht de Tweede E-richtlijn de lidstaten tot ontvlechting van verticaal geïntegreerde energiebedrijven, dat zijn energiebedrijven die zowel in productie, alsmede levering en distributie voorzien.[20] Een dergelijk bedrijf dient zodanig te zijn ingericht dat de distributienetbeheerder, althans met betrekking tot zijn rechtsvorm, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk is van andere, niet met distributie samenhangende activiteiten. Deze eis tot ontvlechting dient als waarborg om misbruik van machtspositie en eventuele prijsmanipulatie tegen te gaan. Deze communautaire eis gaat niet zo ver dat een distributienetbeheerder verplicht is om de eigendom van de activa van het distributiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf.

Op de genoemde eis van ontvlechting van verticaal geïntegreerde elektriciteitsbedrijven kan een lidstaat overigens een uitzondering maken in geval van een geïntegreerd elektriciteitsbedrijf dat minder dan 100 000 aangesloten afnemers bedient.[21] De particuliere netten hebben in het algemeen een beperkt aantal aangeslotenen. Dit is als voorwaarde voor een ontheffing in art. 15 lid 2 E-wet vastgelegd. De wetgever heeft daarbij waarschijnlijk gedacht aan het aantal aangeslotenen dat onder de norm van 100 000 ligt.

Netbeheerder, netbeheer en exploitatie van particuliere netten

Particuliere netten vormen een uitzondering op het bij en krachtens de E-wet geregelde transportstelsel[22] voor

15 E. van Damme, J. Jansen, J. Potter, T. ten Raa en V. Verouden, Universele dienstverlening. Marktwerking ten bate van iedereen, Ministerie van Economische Zaken 1998; W. Devroe, 'Universele dienstverlening, als nieuwe manier van denken', *SEW* 2000, p. 82-95.

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

17 Blijkens art. 3 lid 3 Tweede E-richtlijn gaat het daarbij om alle huishoudelijke afnemers en, indien zij dat dienstig achten, kleine ondernemingen, namelijk ondernemingen die minder dan 50 personen in dienst hebben en met een jaaromzet of een financiële balans van ten hoogste 10 miljoen EUR.

18 Zie Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de Mededeling van de Commissie 'Naar een Europees Handvest betreffende de rechten van de energieconsument', *COM(2007) 386 final.* (2008/C 151/09), *PbEU* 17 juni 2008, C 151/28 NL.

19 Vgl. W. Devroe, 'Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken', *SEW* 2000, p. 82-95. Naar dit artikel wordt ook verwezen voor nadere toelichting van de overeenkomsten en mogelijke verschillen tussen het begrip universele dienstverlening, openbare dienstverplichting en dienst van algemeen economisch belang.

20 Art. 15 lid 1 Tweede E-richtlijn.

21 Art. 15 lid 2 laatste volzin Tweede E-richtlijn.

22 Onder transport wordt naar Nederlands recht ook begrepen wat volgens communautair recht als distributie wordt aangemerkt.

elektriciteit waarin de netbeheerder een centrale functie vervult en waarmee de wetgever de Tweede E-richtlijn heeft beoogd te implementeren. Voor een beoordeling van hun rechtmatigheid op basis van deze richtlijn is, gelet daarop, nodig om eerst na te gaan wat een netbeheerder is, welke taken hij heeft en aan welke regels hij is onderworpen, in het bijzonder voor zover het de toegang van derden tot het net betreft.

Hoofdregel is dat eenieder aan wie een net toebehoort, een netbeheerder dient aan te wijzen met instemming van de minister.[23] Een netbeheerder is ingevolge art. 1 aanhef en onder k E-wet een vennootschap die op grond van art. 10, 13 of 14 is aangewezen voor het beheer van één of meer netten. Met netbeheer kunnen alleen worden belast naamloze of besloten vennootschappen waarvan de aandelen geheel in handen zijn van krachtens het publiekrecht ingestelde rechtspersonen, zoals de gemeenten en provincies, of van andere rechtspersonen die voor dit doel gerekend worden tot de kring der overheid.[24] De netbeheerder dient de economische eigendom van de openbare netten te hebben. Dat garandeert dat hij het gebruik van het net en tevens de beschikkingsmacht daarover heeft. Het gaat dus om de zeggenschap. Een netbeheerder is een particuliere onderneming die toebehoort aan de overheid, van overheidswege gereguleerde taken heeft, maar die naar Nederlands recht geen overheid is.[25] Hij is ook geen bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb.[26]

Nederlandse regelgeving kent geen algemene omschrijving van wat *beheer* van een net in de zin van de E-wet is. Dat is opmerkelijk omdat een groot deel van de regels die bij de E-wet en de daarop gebaseerde Codes zijn gesteld, het beheer beoogt te reguleren. Uit deze regels valt af te leiden dat netbeheer alles omvat wat nodig is om een continue aansluiting op en, ruimer gesteld, toegang tot het net te realiseren. De aansluiting geschiedt op basis van (veronderstelde) overeenkomsten met aangeslotenen.[27] Die overeenkomsten zijn bij en krachtens de E-wet vergaand gereguleerd.

De taken van de netbeheerder zijn vastgelegd in art. 16 E-wet, waarmee destijds uitvoering is gegeven aan art. 7 lid 6 Eerste E-richtlijn 96/92/EG.[28] Deze en volgende artikelen leggen de netbeheerder een groot aantal verplichtingen op, waarbij in dit kader vooral de art. 23 en 24 E-wet van belang zijn. De netbeheerder is op grond van art. 23 verplicht om eenieder die daarom verzoekt aansluiting op het net te verlenen. Het eerste lid van art. 24 bepaalt vervolgens dat de netbeheerder verplicht is aan degene die daarom verzoekt een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van hoofdstuk 3 van de E-wet. Het derde lid bepaalt vervolgens dat de netbeheerder zich van iedere vorm van discriminatie onthoudt tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt. Uit deze bepalingen valt een recht van eenieder op toegang tot het net af te leiden, tenzij de in het tweede lid genoemde uitzondering zich voordoet. Deze heeft betrekking op een eventueel gebrek aan transportcapaciteit op het net.[29]

De exploitant van een particulier net is niet – althans niet in dezelfde mate – onderworpen aan taken en verplichtingen die de E-wet oplegt aan de netbeheerders, noch aan de Codes die ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld. Dit betekent dat voor hem ook niet de art. 23 en 24 E-wet gelden, die het recht van eenieder op toegang tot het net verzekeren.

Monopoliepositie

Netbeheerders beschikken over een wettelijk verankerde monopoliepositie. Zij oefenen hun taken immers uit met uitsluiting van anderen. Zij zijn bovendien exclusief krachtens de E-wet voor een bepaald gebied aangewezen.[30] Er is één landelijke netbeheerder voor het hoogspanningsnet, dat wil zeggen het totaal aan transportnetten met een spanningsniveau van 110 kV of hoger die als zodanig worden aangewezen, alsmede het landsoverschrijdende net van 500 kV of hoger.[31]

Deze monopoliepositie is niet zonder meer vanzelfsprekend in een geliberaliseerde sector, zoals de elektriciteitssector. De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in het volgende. Het transport- en distributienet is een *natuurlijk* monopolie, omdat – zo wordt verondersteld – met de fysieke infrastructuur hoge verzonken kosten zijn gemoeid en toenemende schaalvoordelen te verwachten

23 Art. 10 lid 3 E-wet.

24 Bovendien geldt ingevolge het Besluit aandelen netbeheerder van 25 januari 2008, *Stb.* 2008, 62 de eis dat ook de juridische eigenaar direct of indirect een overheid is. Vaak zijn de juridische en economische eigendom in één hand. Dit besluit, gebaseerd op art. 93 E-wet en 85 Gaswet, die bepalen dat instemming vereist is met iedere wijziging met betrekking tot de eigendom van een net of van de aandelen in een netbeheerder, bepaalt voorts: 'Voor de vraag of instemming is vereist voor een rechtshandeling die voortvloeit uit een vóór 14 juli 2004 afgesloten cross border lease-overeenkomst, wordt gewezen op het overgangsrecht van de artikelen V en verder van de Wet onafhankelijk netbeheer (WON). Op die gevallen is dit besluit niet van toepassing.'

25 In dit opzicht te vergelijken met de Bank Nederlandse Gemeenten, die overigens in de toekomst zal worden opgenomen in voornoemde 'kring van de overheid'. De BNG mag vanaf dat moment dus aandelen houden van netbeheerders en de (juridische) eigendom hebben van netten. Zie: Besluit aandelen netbeheerder van 25 januari 2008, *Stb.* 2008, 62, p. 8.

26 CBB 4 september 2002, *AB* 2003/10, m.nt. I.C. van der Vlies.

27 Zie H.P.A. Knops, 'Hoeveel contracten gaan er door één draadje?' *Onderneming & Financiering*, nr. 62: Themanummer Energierecht, Amsterdam: Elsevier, 2004, p. 22-28.

28 Art. 7 lid 6 van de inmiddels ingetrokken Richtlijn 96/92/EG (*PbEG* 1997, L 027/20 – 29) luidt: 'Tenzij het transmissienet reeds onafhankelijk is van de produktie- en distributieactiviteiten, dient de netbeheerder, althans op het vlak van het beheer, onafhankelijk te zijn van de andere, niet met het transmissienet verbonden activiteiten.' Deze bepaling is uitgebreid en thans vervat in art. 10 (transportnet) en 15 (distributienet) van 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, *PbEU* 2003, L176/37-56.

29 Deze uitzondering geldt voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft.

30 Gebiedsindeling van 18 augustus 2003, Gebiedsindeling als bedoeld in art. 31 lid 1 sub d Elektriciteitswet 1998, vastgesteld door de RvB van de NMa op basis van art. 36 E-wet.

31 Art. 10 lid 1 E-wet. Het tweede lid bepaalt dat de beheerder van dit hoogspanningsnet wordt aangewezen door de rechtspersoon die een recht van gebruik heeft van meer dan de helft van de totale circuitlengte van dit net, na overleg met de andere rechtspersonen die een recht van gebruik hebben.

zijn bij een toename van de infrastructurele dienstverlening. Deze kosten vormen veelal een belemmering voor andere partijen om in deze infrastructuur te investeren. Gelet op de hiervoor beschreven universele dienstverlening heeft eenieder, in het bijzonder de consument, aanspraak op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen. Daarvoor is nodig om transport van elektriciteit veilig te stellen. Een wettelijke verankering van de monopoliepositie van de netbeheerder beoogt daarin te voorzien. Tevens is daarvoor, en dat vormt de keerzijde van dit monopolie, een vergaande regulering van de taken en bevoegdheden van de netbeheerder noodzakelijk om toegang voor eenieder tot het net te garanderen, om te beschermen tegen misbruik van machtspositie en om de universele dienstverlening ook anderszins te waarborgen.

Met de verlening van een ontheffing voor een particulier net wordt in feite een inbreuk gemaakt op het wettelijk monopolie van de netbeheerder in het betrokken gebied en op de vergaande regulering van zijn positie. Exploitanten van particuliere netten hebben echter op hun beurt in hun gebied(je) feitelijk eveneens veelal een monopoliepositie. Een particulier net wordt immers vaak aangelegd of bevindt zich in een gebied(je) waar voorheen een transportnetwerk ontbrak. In dat geval zijn daar gevestigde bedrijven praktisch gezien veelal op dat net aangewezen. Een directe aansluiting op het verder liggende openbare net is vaak (te) duur. Om die reden schijnen bijvoorbeeld tuinders immers juist voor bundeling in een particulier net te kiezen. Wat betreft hun eventuele monopoliepositie is wel een relativerende opmerking op zijn plaats. Het particuliere net beslaat vaak een beperkt gebied, alleen al vanwege de eis ex art. 15 lid 2 E-wet van een beperkt aantal aansluitingen.[32]

Gelet op het voorgaande is het gerechtvaardigd dat niet alleen voor openbare netten, maar ook ten aanzien van particuliere netten het recht van eenieder op toegang tot het net geldt. Hierna wordt besproken in hoeverre de Nederlandse elektriciteitsregelgeving daarmee in overeenstemming is. Daaruit valt ook het recht van eenieder op aansluiting op het particuliere net af te leiden. Dat recht is weliswaar niet rechtstreeks op art. 20 Tweede E-richtlijn gebaseerd, maar valt af te leiden uit de algemene eis om toegang tot het net te verschaffen ingeval voor een marktpartij aansluiting tot het particuliere net (praktisch) voorwaarde is om elektriciteit te gebruiken, te produceren, alsmede te leveren.[33] Vanwege de monopoliepositie van exploitanten van particuliere netten voor 'hun gebied' is dit mogelijk het geval. Lidstaten zijn bovendien ingevolge art. 14 lid 2 E-richtlijn verplicht te waarborgen dat de toegang op niet-discriminatoire wijze wordt verleend, ook wat betreft de particuliere netten. Dit bepaalt dat de distributiesysteembeheerder in geen geval discrimineert tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het systeem, met name niet ten gunste van verwante bedrijven. Gelet op het Citiworks-arrest valt een exploitant van een particulier net onder het bereik van de definitie van art. 2 lid 6 Tweede E-richtlijn van een distributiesysteembeheerder, zodat ook hij onder het bereik van art. 14 lid 2 valt.

Juridisch kader voor particuliere netten: het ontheffingenstelsel[34]

De minister beschikt bij de (niet-)verlening van ontheffingen over een ruime discretionaire bevoegdheid, dat wil zeggen een ruime mogelijkheid om belangen tegen elkaar af te wegen, feiten en omstandigheden te waarderen en om de ontheffing te weigeren.

De ontheffing voor particuliere netten is volgens de wetgever oorspronkelijk bedoeld voor bijzondere gevallen en zowel in de wet als in de uitvoeringspraktijk aan diverse beperkingen onderworpen. Volgens art. 15 E-wet dient onder meer sprake te zijn van een beperkt aantal aangeslotenen. In dat artikel zijn tevens limitatief de gronden omschreven op grond waarvan ontheffing kan worden verleend. Deze beperkingen betreffen voorts de omvang of kwaliteitseisen van het net, en de hoedanigheid van de exploitant. Het net dient de ontheffingaanvrager toe te behoren, wat inhoudt dat hij het economisch eigendom daarvan dient te hebben.

In art. 15 E-wet is echter niets bepaald betreffende het recht tot toegang tot een particulier net. Daarin wordt meestal bij de ontheffingverlening voorzien door middel van het stellen van voorschriften. In de wetsgeschiedenis is onderstreept dat deze ontheffingsvoorschriften vooral betrekking hebben op heldere en non-discriminatoire nettoegang,[35] een van de belangrijkste doelstellingen van de E-wet en geheel in lijn met het communautaire recht. De Energiekamer – voorheen de DTe – van de NMa heeft de minister indertijd geadviseerd om overeenkomstig de bedoeling van de wetgever aan de ontheffing het voorschrift te verbinden dat de ontheffingaanvrager op verzoek van eenieder die zich vestigt in het gebied waarin de aanvrager het net beheert, een aanbieding dient te doen voor een aansluiting op zijn net. Over de uiteindelijke voorwaarden zou dan onderhandeld moeten worden.[36] De wetgever vond het destijds vanwege de grote verschillen die zich op de particuliere netten voordeden, redelijkerwijs niet mogelijk om daarvoor een tarief bij algemeen voorschrift vast te stellen, zoals wel ten aanzien van netbeheerders geschiedt. Dit werd bovendien onwenselijk geacht vanwege de strekking van de ontheffing, evenals vanwege de toename van de werklast voor de toezichthouder waartoe een dergelijk algemeen voorschrift naar verwachting zou leiden.

32 Art. 15 lid 2 aanhef E-wet stelt als voorwaarde voor een ontheffing dat sprake is van een beperkt aantal aangeslotenen. Dit betreft een rekbaar begrip en de praktijk laat gevallen zien waarbij vele tientallen aangeslotenen betrokken zijn. De verschillende bedrijven die opereren op Schiphol, variërend van luchtvaartmaatschappijen tot horeca, kledingwinkels, parfumerieën, etc., vormen daarvan een goed voorbeeld.

33 Zie overwegingen 6 en 7 van de considerans van de Tweede E-richtlijn.

34 Zie voor een omschrijving daarvan ook: L. Pigmans, 'De ontheffingsmogelijkheid voor particuliere netten', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2008, p. 232-244. Daarin worden onder meer de te onderscheiden ontheffingsgronden beschreven.

35 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 621, nr. 270c, p. 12.

36 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 621, nr. 270d, p. 4 en 5; Advies ontheffing aanwijzen netbeheerder, van de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet (DTe; thans Energiekamer), nr. 00-003, van 31 januari 2000, p. 9-10.

De meeste ontheffingen zijn in overeenstemming met deze richtsnoer en bevatten voorschriften die de toegang van derden tot het particuliere net regelen.[37] Een voorkomend voorschrift is bijvoorbeeld dat de houder van de ontheffing verplicht is om met eenieder die in het kader van de samenwerkende personen zal worden aangesloten op het net waarvoor ontheffing is verleend of met degene die uit dien hoofde al is aangesloten op het net en waarvan de overeenkomst is afgelopen, op diens schriftelijk verzoek daartoe te onderhandelen over de voorwaarden en tarieven die de houder van de ontheffing berekent voor het gebruikmaken van het net en schriftelijk een voorstel te doen met betrekking tot genoemde voorwaarden en tarieven.[38] De houder van de ontheffing moet daarbij onderscheid maken tussen de tarieven voor de aansluiting op het net, transport van elektriciteit en het verrichten van systeemdiensten. Binnen drie maanden nadat een of meer van de bij de onderhandelingen betrokken partijen een schriftelijk verzoek heeft gedaan, dienen deze onderhandelingen te zijn afgerond.[39] Aan andere ontheffingen zijn vergelijkbare voorschriften verbonden.

Een vergelijking van het Nederlandse ontheffingenstelsel met de Duitse wetgeving waarop het Citiworks-arrest betrekking heeft, maakt duidelijk dat sprake is van belangrijke verschillen tussen deze twee stelsels. Een particuliere energievoorziening is volgens het van toepassing zijnde Duitse recht uit hoofde van de wet vrijgesteld van de verplichting om derden toegang tot het net te verlenen. Het gaat daarbij om een algemene voorziening en een absoluut geformuleerde wettelijke vrijstelling. Naar Nederlands recht wordt echter slechts in bijzondere gevallen, die steeds individueel worden beoordeeld, door middel van een ontheffing vrijstelling verleend van deze verplichting. Bovendien wordt het toegangsrecht voor derden veelal verankerd in de ontheffingsvoorschriften.

De ontheffingenpraktijk getoetst aan art. 20 Tweede E-richtlijn

Naar Nederlands recht is de omzetting van art. 20 Tweede E-richtlijn voor zover het particuliere netten betreft, niet in de E-wet zelf geschied. Exploitanten zijn immers doordat zij geen netbeheerder hoeven aan te wijzen 'vrijgesteld' van de verplichting ex de art. 23 en 24 E-wet om desgevraagd toegang aan eenieder tot het net te verlenen.

De minister is echter, als bestuursorgaan, desalniettemin op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw ex art. 10 EG-verdrag verplicht om art. 20 Tweede E-richtlijn toe te passen.[40] Er bestaat discussie over de vraag of die verplichting zover gaat dat een bestuursorgaan desnoods ambtshalve *contra legem* maar wel richtlijnconform dient te handelen.[41] Dat is in het geval van (niet-)verlening van een ontheffing ingevolge art. 15 E-wet niet aan de orde, aangezien de minister een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt. Hij kan daarbinnen richtlijnconform handelen bij het verbinden van voorschriften aan de ontheffing of de weigering daarvan.

Om te beoordelen of de ontheffingenpraktijk van de minister met art. 20 Tweede E-richtlijn in overeenstemming is, is het in de eerste plaats van belang deze langs de lat van dit artikel te leggen. De tekst van art. 20 Tweede E-richtlijn luidt voor zover van belang: 'De lidstaten dragen zorg voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transmissie- en distributiesystemen, gebaseerd op gepubliceerde tarieven die voor alle in aanmerking komende afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen gebruikers van het systeem. De lidstaten zorgen ervoor dat deze tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methoden voorafgaand aan hun toepassing worden goedgekeurd overeenkomstig artikel 23 van de richtlijn en dat deze tarieven en, wanneer alleen de methoden zijn goedgekeurd, de methoden worden gepubliceerd voordat zij in werking treden.'

Het Citiworks-arrest laat onbesproken of voor particuliere netten ook de laatstgenoemde eisen inzake tarifering gelden. Vanwege de tekst van deze richtlijnbepaling, de considerans van de richtlijn en de algemene bewoordingen van het arrest dient er echter ernstig rekening mee gehouden te worden dat ook deze eisen voor particuliere netten gelden.

De ontheffingenpraktijk van de minister lijkt deels in overeenstemming te zijn met art. 20 Tweede E-richtlijn. Dit is het geval voor zover in een ontheffingsvoorschrift aan de exploitant van het particuliere net de verplichting wordt opgelegd tot het doen van een aanbod tot aansluiting op het net aan eenieder die daarom verzoekt en tevens voor zover daarin is opgenomen het voorschrift dat de ontheffinghouder een onderscheid dient te maken naar transporttarief, aansluittarief en systeemtarief.[42] Voorts zijn in een aantal ontheffingen de voorwaarden, bedoeld in art. 36 E-wet, zoals deze zullen worden of zijn vastgesteld door de Raad van Bestuur van de NMa, van overeenkomstige toepassing verklaard op het net van de ontheffinghouder. De genoemde voorschriften worden echter niet altijd gehanteerd. In zoverre is het handelen van de minister niet in overeenstemming met art. 20 Tweede E-richtlijn, dat geen ruimte biedt voor een uitzondering op de plicht om toegang tot het net aan eenieder (desgewenst) te bieden. Ook op het punt van de communautaire verplichte publicatie van tarieven schort het in de praktijk.

37 Een deel van de ontheffingen is onderzocht. Gelet daarop is enige voorzichtigheid op zijn plaats met het trekken van algemene conclusies voor het de gehele ontheffingenpraktijk.

38 In geval van verlening op grond van de b-grond van art. 15 lid 2 E-wet.

39 Bijv. de op 27 juni 2004 verleende ontheffing aan GTI Energy Solutions BV (Mahler4 Zuidas Amsterdam). Deze ontheffing is verleend op de d-grond (oud); ontheffingen op de andere gronden uit art. 15 E-wet bevatten een vergelijkbare bepaling. Zie bijv.: Advies DTe nr. 398070148 (2602), bedrijventerrein De Kleef, verleend op de a-grond.

40 ABRvS 19 december 2007, *LJN* BC0505, 200700097/1 (schelpenvoetpad Katwijk). Vgl. Achtergrondstudie Deregulering en Europese milieuwet- en regelgeving. Behorend bij: Integrale strategie milieu 2006-2010. Provincie Noord-Brabant: 2006, p. 13: blijft de nationale wetgever in gebreke, dan dienen de (lagere) overheden de Europese richtlijnbepalingen rechtstreeks toe te passen.

41 ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008/18, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven: richtlijnconforme uitleg contra legem is niet toegestaan. Hetzelfde geldt voor een contra legem weigeren van een vergunning of daaraan voorschriften verbinden.

42 J.H. Jans, R de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aqui Libri 2002, p. 104.

Art. 20 Tweede E-richtlijn verwijst naar (onderdelen van) art. 23 van deze richtlijn, dat strenge eisen stelt inzake het toezicht van overheidswege op het 'beheer' – in communautaire zin – van een net, ook voor een particulier net. Ook anderszins, mede gelet op het onderhavige arrest, valt aan te nemen dat art. 23 van toepassing is op particuliere netten. Dit artikel vereist onder meer toezicht op de 'daadwerkelijke ontvlechting' van de boekhouding van de 'beheerder' – in de zin van de richtlijn – in geval van een geïntegreerd energiebedrijf.[43] Hiervoor kwam ter sprake dat de minister deze eis niet op een particulier net hoeft toe te passen vanwege de in art. 23 genoemde uitzondering.

Of de betreffende ontheffingvoorschriften in overeenstemming zijn met de richtlijnbepaling weten wij niet zeker totdat de (communautaire) rechter zich ook daarover expliciet heeft uitgelaten.

Als een exploitant zich niet aan de ontheffingsvoorschriften houdt, kan degene die toegang tot zijn net wil een onrechtmatige daadactie jegens hem instellen wegens overtreding van het desbetreffende ontheffingsvoorschrift.[44]

Ingeval de minister bij de ontheffingverlening niet een voorschrift tot het verlenen van toegang tot het particuliere net opneemt, kan een belanghebbende – en dat kan ook een concurrent[45] of een elders gevestigde leverancier zijn – tegen de ontheffingverlening naar verwachting met succes[46] een bestuursrechtelijk rechtsmiddel instellen wegens schending van art. 20 Tweede E-Richtlijn. Het gaat hier immers, gelet op de onvoorwaardelijke en nauwkeurige formulering van dit artikel, om een rechtstreeks werkende richtlijnbepaling.

Een derde zal het recht op toegang tot het net mogelijk ook jegens de exploitant van het particuliere net zelf willen afdwingen. Een beroep op de Tweede E-richtlijn biedt hem dan weinig kans van slagen. De rechtstreekse werking van een richtlijn betreft immers de verhouding tussen de (overheidsorganen van de) lidstaat en de burger en heeft in het algemeen geen horizontale werking.[47]

Vaak bevat een ontheffing, het kwam in de vorige paragraaf al ter sprake, het voorschrift dat de ontheffinghouder met degene die aansluiting wil, dient te onderhandelen betreffende de tarieven. De Eerste E-richtlijn voorzag nog in een systeem van toegang tot het net via onderhandelingen. De communautaire wetgever heeft daaraan met de Tweede E-richtlijn uitdrukkelijk een einde willen maken.[48] Een dergelijk ontheffingenvoorschrift lijkt met het vervallen van deze eis inzake het voeren van onderhandelingen niet in overeenstemming.

Hiervoor kwam ook ter sprake dat de netbeheerder verplicht is om diverse marktpartijen van meetgegevens te voorzien, wat voor een afnemer en leverancier noodzakelijk is voor daadwerkelijke toegang tot het net. Een exploitant van een particulier net is daartoe echter op grond van de bij en krachtens de E-wet gestelde regels niet verplicht. Gelet op het Citiworks arrest is dit mogelijk in strijd met art. 20 Tweede E-richtlijn. De vraag is of de minister deze verplichting alsnog bij ontheffingsvoorschrift zou moeten of kunnen opleggen. Dit gebeurt nu niet. Daarvoor is bepalend of voormeld wettelijk datacommunicatiesysteem, waarin de netbeheerder een centrale rol vervult, een exclusief en limitatief karakter heeft. Als dit zo is, is een dergelijk ontheffingsvoorschrift niet mogelijk en dient bij of krachtens de E-wet een andere voorziening te worden getroffen om toegang tot het particuliere net ook wat betreft de benodigde datacommunicatie te verzekeren. De meest aangewezen netbeheerder zou kunnen worden verplicht om deze diensten ten behoeve van de aangeslotenen op het particuliere net desgevraagd te verrichten. Mogelijk maakt de netbeheerder die deze diensten weigert, naar huidig recht misbruik van zijn machtspositie. Over deze kwestie zijn diverse nationale gerechtelijke procedures gevoerd, waarin de vraag centraal stond of een aangeslotene op een particulier net recht heeft op deze dienstverlening door de netbeheerder van het openbare net waarop dat particuliere net is aangesloten. De jurisprudentie op dit punt is uiteenlopend. Recentelijk heeft het Hof Arnhem in afwijking van het aan hem voorgelegde kortgedingvonnis[49] beslist dat de aangeslotene op het particuliere net dit recht niet heeft.

Implementatie door middel van beleid of een beleidsregel

De minister voerde tot voor kort, gelet op de voormelde praktijk inzake ontheffingsvoorschriften, kennelijk het beleid of de vaste gedragslijn, om door middel van deze voorschriften de toegang van een derde tot particuliere netten te verzekeren. Daarmee heeft geen juiste implementatie art. 20 Tweede E-richtlijn in de Nederlandse rechtsorde plaatsgevonden.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt immers weinig ruimte voor omzetting van een richtlijn door

43 In geval van 'levering' van elektriciteit aan het net, ook als dit slechts een nevenbedrijfsactiviteit betreft, kan daarvan al sprake zijn. Zie in dit verband ook art. 15 van de richtlijn.

44 Er is sprake van een schending van een wettelijk voorschrift of een daaraan gelijk te stellen norm die beoogt de belangen van deze derde te beschermen. Wel dient ook aan de overige eisen voor een onrechtmatige daad te zijn voldaan, dat wil zeggen dat onder meer sprake dient te zijn van toerekenbare schade zoals geleden als gevolg van het schenden van de norm.

45 Zie bijv. ABRvS 18 februari 2004, *AB* 2004/113, Radio 538 vs. Commissariaat voor de Media. Bepalend is of de ontheffinghouder en deze persoon 'in dezelfde vijver vissen'.

46 Zie art. 82 E-wet.

47 J.H. Jans, R de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (2002), zie noot 42, p. 112. Dit verbod wordt in driepartijenverhoudingen echter in hoge mate gerelativeerd op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie EG in zaak C-201/02, Wells, *AB* 2004/150 (m.nt. A. de Moor-Van Vugt).
Vgl. het arrest HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage*): een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van art. 85 EG-Verdrag (thans art. 81 EG), kan zich op schending van deze bepaling beroepen om bescherming in rechte (relief) tegenover de andere contractpartij te verkrijgen. De horizontale werking in het mededingingsrecht geeft handvatten aan acties van particulieren onderling.

48 Zie overweging 41 in het arrest van 22 mei 2008 van het HvJ EG, in de zaak C-439/06.

49 Hof Arnhem van 25 november 2008 (zaaknummer: 104.002.297) en het daarbij vernietigde Rb. Arnhem 19 mei 2006 (voorzieningenrechter), zaaknr. KG ZA 06-221; Zie verder bijv. Rb. Den Bosch 28 december 2007, KG ZA 06-722. Rb. Rotterdam 25 september 2008, zaaknr. KG ZA 08-755.

middel van zogeheten soft law zoals convenanten.[50] De omzetting van een richtlijn vereist weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat, maar het betrokken nationale recht moet wel daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn verzekeren. De uit dit communautaire recht voortvloeiende rechtssituatie dient voldoende bepaald en duidelijk te zijn en de begunstigden moeten in staat zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties.[51] Beleid valt aan te merken als soft law. Het is immers niet bindend voor burgers en de minister kan en moet (soms) daarvan in bijzondere gevallen afwijken.[52]

Een en ander leidt ertoe dat de minister gelet op het hiervoor genoemde beginsel van gemeenschapstrouw, gehouden is om zijn vaste ontheffingenpraktijk in een beleidsregel vast te leggen. Dit zou een 'betere' implementatie van art. 20 Tweede E- richtlijn opleveren dan de bestaande situatie, omdat daarmee meer rechtszekerheid wordt geschapen. Inmiddels heeft de minister een nieuwe beleidsregel vastgesteld voor verlening van ontheffingen mede om uitvoering te geven aan het Citiworks-arrest.[53] Met name art. 6 van deze beleidsregel is in dit verband van belang. Dit stelt de voorwaarde aan de ontheffingsvoorschriften te verbinden die de ontheffinghouder verplichten om eenieder die daarom verzoekt een aanbod te doen tot het verrichten van transport en om in een systeem van derdentoegang op basis van objectieve en niet-discriminatoire van te voren bekend te maken tarieven te voorzien. Als voor dit transport of toegang tot het verlenen van een aansluiting op het particuliere net nodig is, kan de ontheffinghouder op grond van de ontheffingvoorschriften verplicht worden geacht deze te verlenen. Een beleidsregel is een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen.[54] Een beleidsregel verschilt van beleid in die zin dat het daarbij gaat om een regel of regels (voorschriften). Dit veronderstelt een bepaalde mate van detaillering van aanspraken van burgers. Tevens dient een beleidsregel op wettelijk voorgeschreven wijze te worden gepubliceerd.[55] De mate van binding van een beleidsregel valt af te leiden uit art. 4:84 Awb dat een bestuursorgaan verplicht om te handelen in overeenstemming met de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.[56]

Vanwege deze inherente afwijkingsbevoegdheid, valt echter ook ten aanzien van een beleidsregel te betwijfelen of daarmee een juiste implementatie van de onderhavige richtlijnbepaling voldoende is gegarandeerd.

Ten slotte

Het arrest van het Hof van Justitie van 22 mei 2008 leidt tot de conclusie dat op grond van art. 20 Tweede E-richtlijn ook ten aanzien van particuliere netten een recht op toegang voor eenieder moet worden gegarandeerd. De koninklijke weg voor een juiste implementatie van deze richtlijnbepaling is dit recht alsnog in de E-wet vast te leggen. In het verlengde van deze conclusie valt aan te nemen dat tevens wettelijk dient te worden verankerd dat de door exploitanten van particuliere netten te hanteren tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methode van tevoren van overheidswege moeten worden goedgekeurd. Bovendien moeten de tarieven worden gepubliceerd. Tevens valt mede op basis van dit arrest aan te nemen dat het toezicht van overheidswege op exploitatie van particuliere netten dient te voldoen aan de eisen van art. 23 van de richtlijn daarvoor. In het verlengde van dit arrest valt aan te nemen dat daarnaast ook andere richtlijnbepalingen over distributie en distributiesysteembeheerders op exploitatie van particuliere netten van toepassing zijn, zoals art. 3 lid 3, dat op universele dienstverlening ziet, en art. 14 dat voorziet in het hanteren van non-discriminatoire voorwaarden.

De minister is verplicht om bij het verlenen van ontheffingen deze richtlijnbepalingen toe te passen. Hij heeft daarvoor de ruimte vanwege de discretionaire bevoegdheid die art. 15 E-wet hem toekent. De recent in werking getreden beleidsregel draagt bij aan een zo goed mogelijke implementatie van de richtlijn. Een juiste implementatie van de richtlijn in de Nederlandse rechtsorde is daarmee goeddeels verzekerd.

Blijkens het Citiworks-arrest zijn particuliere netten kennelijk toegestaan. Daaruit valt immers af te leiden dat de Tweede E-richtlijn de mogelijkheid open laat dat een ander als beheerder in communautaire zin[57] wordt aangewezen dan een overheid of een rechtspersoon die geheel in handen is van een overheid. Dat zou ook een particuliere persoon kunnen zijn. Dat zou zelfs volgens communautair recht een omvangrijk net kunnen betreffen. Nederland lijkt met zijn wettelijke eis van een beperkt aantal aangeslotenen voor particuliere netten verder te gaan dan de minimumeisen van de Tweede E-richtlijn. De richtlijn biedt overigens daarvoor aan lidstaten de ruimte.[58] De Tweede E-richtlijn is op dit punt niet expliciet, behalve dan dat in de considerans van de Tweede E-richtlijn staat vermeld dat de richtlijn zich niet

50 J.H. Jans, R de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (2002), zie noot 42, p. 32; B.M. Veldkamp, 'Het arrest Engels drinkwater: implementatie via convenanten verder ingeperkt', *NTER* 2000, p. 148-150.

51 Arresten van 23 maart 1995, C-365/93, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* p. I-499, punt 9, en 10 mei 2001, C-144/99, *Commissie/Nederland*, *Jur.* p. I-3541, punt 17.
Het is toegestaan om richtlijnen niet direct te implementeren in een rijkswet maar eerst in decentrale regelgeving, zolang deze regeling maar juridisch bindend is, bijvoorbeeld een bestemmingsplan. Dit volgt uit: HvJ EG 30 mei 1991, zaken C-361/88 en C-59/89 (*TA-Luft zaken*).

52 Art. 3:4 lid 2 Awb.

53 Zie par. 3 van de toelichting bij de beleidsregel genoemd in noot 8.

54 Art. 1:3 lid 4 Awb.

55 Art. 3:40 en 3:42 Awb.

56 Dit veronderstelt dat alleen bij uitzondering van de beleidsregel mag worden afgeweken, en dan nog alleen als zwaarwegende belangen daartoe nopen. In feite dient het daarbij te gaan om door het bestuursorgaan niet in de beleidsregel verdisconteerde gevallen. ABRvS 29 november 2006, *LJN* AZ3228 (Eindhovense vrijstelling ex art. 19 WRO), 200601712/1; ABRvS 8 augustus 2007, *LJN* BB1322, 200701339/1 (Ekogras). Zie over beleidsvrijheid voorts: A.P. Klap, 'De rechterlijke toetsing van en aan beleidsregels', *JBplus* 2002, p. 17-28.

57 Uit de richtlijn valt af te leiden dat een netbeheerder communautair een andere betekenis heeft dan naar Nederlands recht.

58 Zie par. 26 van de considerans van de richtlijn. Daaruit valt af te leiden dat de richtlijn een harmonisatie van minimumeisen beoogt.

over eigendomskwesties uitlaat en dat de systeembeheerder het bedrijf kan zijn dat het net bezit.[59]
Voorts laten de richtlijn en het arrest de mogelijkheid open dat netbeheerders en exploitanten van particuliere netten uiteenlopende tarieven of tariefstructuren hanteren. De uitwerking van art. 20 Tweede E-richtlijn in de E-wet en Codes voor netbeheer gaat veel verder dan wat communautair is bepaald. Dit biedt ruimte om op deze regels voor particuliere netten een uitzondering te maken, mits dit geschiedt op basis van objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria en met in achtneming van de minimumeisen die deze richtlijn aan distributie van elektriciteit stelt. Verschillende niveaus van regulering binnen één nationaal rechtsstelsel zijn dus mogelijk.

59 Par. 10 van de considerans van de richtlijn.