

BESLUIT

Nummer: 100950-65

Betreft: Besluit van de directeur Dienst uitvoering en toezicht Energie op de bezwaren ingebracht tegen het besluit van d.d. 17 december 2002 (kenmerk 100950/23, Stcrt. 18 december 2002, nr. 244, p. 52) tot wijziging van de Netcode en de Systeemcode ten behoeve van het transparant maken van de onbalansmarkt.

I. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1. Bij besluit d.d. 17 december 2002 (kenmerk 100950/23, Stcrt. 18 december 2002, nr. 244, p. 52) heeft de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (hierna: directeur DTe) de Netcode en de Systeemcode gewijzigd ten behoeve van het transparant maken van de onbalansmarkt.
2. Op de voorbereiding van het vaststellingsbesluit als bedoeld in artikel 36 van de Ewet '98 heeft de directeur DTe besloten naast de in de artikelen 31,31 tot en met 37 E-wet '98 voorgeschreven procedures de in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) beschreven procedure van toepassing te verklaren. Op grond van artikel 3:11 van de Awb heeft het ontwerpbesluit van 5 juni 2002 tot en met 31 juli 2002 ter inzage gelegen ten kantore van de DTe. Hiervan is mededeling gedaan in de Staatscourant. Op grond van artikel 3:13 van de Awb konden belanghebbenden hun zienswijze over het ontwerpbesluit tot en met 31 juli 2002 naar keuze mondeling of schriftelijk naar voren brengen. Verschillende belanghebbenden hebben naar aanleiding hiervan hun zienswijze op het ontwerpbesluit schriftelijk naar voren gebracht. Op 3 september 2002 is ten kantore van de DTe een hoorzitting gehouden waarbij belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld om mondeling hun zienswijze op het ontwerpbesluit naar voren te brengen.
3. De directeur DTe heeft op 3 juni 2002 ingevolge artikel 32, tweede lid van de Ewet '98 een ontwerp van het besluit tot wijziging van de voorwaarden ex artikel 31, lid 1, onder a van de Ewet '98 (hierna: het ontwerpbesluit) aan de gezamenlijke netbeheerders gezonden.
4. Conform artikel 34, derde lid van de Ewet '98 zijn de gezamenlijke netbeheerders in staat gesteld hun zienswijze op het ontwerpbesluit aan de directeur DTe kenbaar te maken binnen twaalf weken na het tijdstip waarop het ontwerpbesluit op grond van artikel 32, tweede lid van de Ewet '98, aan hen is gezonden. Op 13 augustus 2002 heeft de directeur DTe een reactie van de gezamenlijke netbeheerders ontvangen. Mede naar aanleiding van de reactie van de gezamenlijke netbeheerders ziet het bestreden besluit tevens op een wijziging van de voorwaarden ex artikel 31, lid 1, onder c van de Ewet '98.

5. Tegen het besluit is bezwaar ingediend door:
 - TenneT B.V.,
 - de Federatie van Energiebedrijven in Nederland (Sectie Productie) (hierna: "EnergieNed"),
 - de Vereniging voor Energie, Milieu en Water (hierna: "VEMW"), en
 - een aantal individuele bedrijven, welke gezamenlijk bezwaar hebben gemaakt.¹
6. Ter hoorzitting d.d. 24 februari 2003 hebben de bezwaarden hun bezwaarschriften toegelicht.
7. Op grond van randnummer 46 van het bestreden besluit zou het gedeeltelijk op 1 maart 2003 in werking treden, en – ingevolge het onder nummer 47 gestelde – voor het overige op 1 april 2003. De artikelen 2.4.1.1 en 2.4.4.1 Systemcode zijn in werking getreden op de dag na publicatie in de Staatscourant.
8. Betrokken marktpartijen hebben ter hoorzitting aangegeven dat het bestreden besluit voor hen dusdanige onduidelijkheden ten aanzien van inhoud en reikwijdte bevat, dat zij niet in staat zouden zijn daaraan reeds per 1 maart 2003 uitvoering te geven. Dat in overweging nemende heeft de directeur DTe bij besluit van 27 februari 2003 (kenmerk 100950/47, Stcrt. 28 februari 2003, nr. 42, p. 25) de inwerkingtreding c.q. werking van de bij het bestreden besluit ingevoerde bepalingen, opgeschort tot drie weken na de thans te nemen beslissing op de ingediende bezwaren. Feitelijk is daardoor het bestreden besluit buiten werking gesteld tot drie weken na de thans te nemen beslissing. Het besluit d.d. 27 februari 2003 wordt hierna aangeduid als het "opschortingsbesluit".

II. JURIDISCH KADER

9. Bij de besluiten nr. 005 van 12 november 1999 en nr. 00-011 van 12 april 2000 heeft de directeur DTe op grond van artikel 36 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: Ewet '98) de voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onder a en c van de Ewet '98 vastgesteld. De voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onder a hebben betrekking op de wijze waarop netbeheerders en afnemers alsmede netbeheerders zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van het in werking hebben van de netten, het voorzien van een aansluiting op het net en het uitvoeren van transport van elektriciteit over het net. De voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onder c hebben betrekking op de wijze waarop de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet enerzijds en afnemers en de overige netbeheerders anderzijds zich jegens elkaar gedragen ten aanzien van de systeemdiensten. De voorwaarden als

¹ Te weten: Essent Energie Productie B.V., Essent Energy Trading B.V., Essent Productie Geleen B.V., N.V. Elektriciteits-Produktiemaatschappij Zuid-Nederland, Dordrecht Energy Supply Company (DESCO) C.V., EdeA V.O.F., Dobbestroom V.O.F., Hunzestroom V.O.F., Elstra B.V. & Co. C.V., V.O.F. Warmte/Kracht Maastricht Mill, V.O.F. Salinco en Delesto B.V. Van laatstgenoemde bedrijven heeft Essent N.V. op 28 maart 2003 zijn bezwaar ingetrokken.

bedoeld in artikel 31, eerste lid, onder a van de Ewet '98 zijn neergelegd in de Netcode en de voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onder c van de Ewet '98 zijn neergelegd in de Systeemcode. Beide codes zijn meerdere malen gewijzigd.

10. De wijziging van de Net- en SysteemCode door het bestreden besluit behelst de introductie van een systeem waarbij het *inzetbare vermogen* van aangeslotenen met een *opwekvermogen* van meer dan 5 MW dat geen *draaivermogen* is, in beginsel automatisch en om niet ter beschikking komt aan de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet (hierna: "TenneT"). Door gebruik te maken van de in artikel 2.4.3. van de SysteemCode neergelegde inbiedprocedure kunnen aangeslotenen – waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen die aangeslotenen met meer dan 60 MW aan opwekvermogen en aangesloten met een opwekvermogen van meer dan 5 MW maar minder dan 60 MW – voorkomen dat zij het inzetbare vermogen om niet ter beschikking dienen te stellen aan TenneT en kunnen zij behalve een bepaalde prijs tevens eventuele voorwaarden stellen aan het ter beschikking stellen van het vermogen. De gegevens over het opwekvermogen dienen jaarlijks door de betreffende aangesloten producenten aan TenneT kenbaar te worden gemaakt. Deze dienen dagelijks voor 12.00 uur aan TenneT een zo goed mogelijke prognose te geven van het inzetbare vermogen dat beschikbaar is voor de daarop volgende dertig kalenderdagen. Op haar beurt dient TenneT deze gegevens geaggregeerd te publiceren. Tenslotte moeten producenten dagelijks draaiprogramma's indienen.
11. Mede op grond van de reactie van de gezamenlijke netbeheerders besloot de directeur DTe het besluit voorlopig te beperken tot een regeling om de transparantie ten behoeve van de onbalansmarkt te bevorderen. Ingevolge het bestreden besluit, in tegenstelling tot het ontwerpbesluit, wordt geen informatie van grootverbruikers en over de lange en middellange termijn beschikbaarheid verlangd.

III. GRONDEN VAN BEZWAAR

12. Om de redenen die onder "Beoordeling van de bezwaren" zullen worden uiteengezet, wordt hier volstaan met een weergave die betrekking hebben op de bij de totstandkoming van het besluit gevolgde procedure. De bezwaren van TenneT hebben daarop geen betrekking, zodat daarop thans niet wordt ingegaan.

Bezwaren EnergieNed

13. Het besluit is op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen hetgeen heeft geleid tot een onvoldoende doordacht en op onderdelen onuitvoerbaar besluit. Het besluit verschilt aanzienlijk van het oorspronkelijke ontwerpbesluit waarover in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure is gesproken. In feite is sprake van een geheel ander besluit. Daarover is noch ter gelegenheid van de openbare voorbereidingsprocedure noch met de netbeheerders op basis van artikel 32 Ewet '98 noch in het kader van een overleg met representatieve organisaties op basis van artikel 33 Ewet '98 gesproken.

14. De Sectie Productie van EnergieNed verzoekt de directeur DTe het bestreden besluit in te trekken.

Bezwaren Essent

15. Essent meent dat het besluit in strijd is met de Ewet '98 en met de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.
16. De directeur DTe mist de bevoegdheid om de SysteemCode te wijzigen zonder de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3:4 Awb van toepassing te verklaren, althans zonder toepassing te geven aan de in art. 32, lid 2, Ewet '98 vastgelegde overlegverplichting. De directeur DTe heeft het besluit vastgesteld zonder de in art. 32, lid 2, van de Ewet '98 voorziene procedure te volgen. Blijkens het besluit acht de directeur DTe dit kennelijk gerechtvaardigd, gelet op een eerder ontwerp tot wijziging van de NetCode dat hij op 3 juni 2002 aan de gezamenlijke netbeheerders heeft toegezonden. Het besluit wijkt op een groot aantal punten (waaronder ook fundamentele) af van het ontwerpbesluit tot wijziging van de NetCode. De werkingssfeer van de verplichtingen die het besluit introduceert hangt bovendien af van een aantal voor discussie vatbare technische interpretaties van begrippen die niet in het ontwerpbesluit voorkwamen. Het besluit wijzigt de SysteemCode. De NetCode wordt slechts op zeer ondergeschikte punten gewijzigd. Het besluit ligt daarmee niet in het verlengde van het ontwerpbesluit van 3 juni 2002.
17. De directeur DTe heeft verzuimd te onderzoeken welke administratieve lasten het besluit voor aangeslotenen met zich zal brengen.
18. Essent verzoekt het besluit in te trekken, of te heroverwegen en te beslissen op bezwaar met inachtneming van de bezwaren die door Essent zijn aangevoerd.

Bezwaren VEMW

19. In het Besluit is een nieuwe regeling opgenomen die eigenaren/beheerders van productie-installaties tussen 5 MW en 60 MW verplicht tot het inbieden van regelvermogen. De directeur DTe heeft betrokken partijen niet in de gelegenheid gesteld (vooraf) inhoudelijk te reageren op deze regeling. Ook heeft de directeur DTe geen onderzoek gedaan, althans van enig onderzoek is niet gebleken, naar de gevolgen van de (voorgenomen) regeling voor eigenaren/beheerders van productie-installaties tussen 5 MW en 60 MW. Dit onderdeel van het Besluit is derhalve op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen.

IV. BEOORDELING VAN DE BEZWAREN

20. De bezwaarschriften zijn tijdig ingediend en voldoen ook overigens aan de voorschriften die de Awb daaraan verbindt. De bezwaren worden daarom ontvankelijk verklaard.

21. De directeur DTe merkt op dat hij conform art. 32, tweede lid Ewet '98 het ontwerpbesluit aan de gezamenlijke netbeheerders heeft gezonden, en hen daarbij conform art. 34, derde lid van die wet een termijn van twaalf weken heeft geboden om hun zienswijze op het ontwerp te geven. Parallel aan deze procedure heeft hij de openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 Awb toegepast.
22. De directeur DTe is met EnergieNed, VEMW en Essent van mening dat het bestreden besluit afwijkt van het ontwerpbesluit, maar deelt niet de consequenties die zij daaraan verbinden.
23. De aanleiding tot deze afwijking is nu juist gelegen in de zienswijze die de netbeheerders hebben gegeven op het ontwerpbesluit. De in de artikelen 31 en 32 tot en met 37 Ewet '98 voorgeschreven procedures gaven de directeur DTe ook reden, die zienswijze als van significante betekenis te beschouwen. Het is daarmee dus inherent aan de voorgeschreven procedures dat het uiteindelijk te nemen besluit af kan wijken van het daaraan ten grondslag liggende ontwerpbesluit.
24. De directeur DTe is van oordeel dat de behoefte aan transparantie van de onbalansmarkt intussen onverminderd groot is. Van belang is dat op afzienbare termijn die bepalingen van kracht worden die de transparantie vergroten. Naar de mening van de directeur DTe verhoudt dat belang zich slecht met mogelijke procedures over de juridische 'houdbaarheid' van het bestreden besluit en de daaraan verbonden onduidelijkheid voor de transparantie. Het is om deze reden dat de directeur DTe aanleiding ziet het bestreden besluit in te trekken, zij het niet op rechtmatigheidsgronden als wel om praktische redenen.
25. Tegelijkertijd met het nemen van deze beslissing op bezwaar zal de directeur DTe twee ontwerpen van een besluit op de voet van afdeling 3.4 Awb ter inzage leggen en tevens ter verkrijging van een zienswijze als bedoeld in artikel 34, derde lid Ewet '98 aan de gezamenlijke netbeheerders toezenden.
26. EnergieNed en VEMW hebben verzocht de kosten in verband met de behandeling van hun bezwaren, waaronder de kosten van rechtskundige bijstand, te vergoeden.
27. Het tweede lid van art. 7:15 Awb luidt als volgt: "De kosten, die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, worden door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voorzover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid."
28. Gezien de hierboven onder randnummer 23 gegeven verklaring van de gang van zaken, en de conclusies die de directeur DTe onder randnummer 24 heeft verbonden aan de gebleken bezwaren, acht hij de wijze van voorbereiding niet onrechtmatig, althans niet als verwijtbaar onrechtmatig. Hij ziet daarom geen reden de kosten van EnergieNed en VEMW in verband met de bezwaarprocedure te vergoeden.

V. BESLUIT

De directeur DTe,

- overwegende de tegen zijn besluit van d.d. 17 december 2002 (kenmerk 100950/23, Stcrt. 18 december 2002, nr. 244, p. 52) tot wijziging van de Netcode en de Systeemcode ten behoeve van het transparant maken van de onbalansmarkt, ingebrachte bezwaren,
- overwegende dat de voortgang van het creëren van transparantie prioriteit heeft boven de vraag of het genoemde besluit juridisch houdbaar is,

verklaart de door EnergieNed, VEMW en Essent ingediende bezwaren met betrekking tot de voorbereiding van genoemd besluit om beleidsmatige redenen gegrond, en

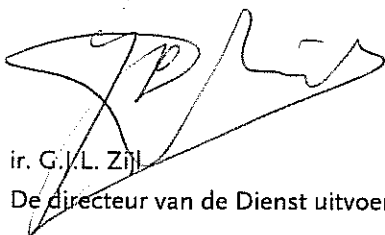
BESLUIT

de wijziging door genoemd besluit van 17 december 2002 (kenmerk 100950/23, Stcrt. 18 december 2002, nr. 244, p. 52) van de Netcode en de Systeemcode ten behoeve van het transparant maken van de onbalansmarkt, in te trekken.

Dit besluit treedt in werking op de dag na publicatie in de Staatscourant.

Conform de slotalinea van het opschortingsbesluit van de directeur DTe, d.d. 27 februari 2003 (kenmerk 100950/47) zal van deze beslissing op bezwaar mededeling worden gedaan in de Staatscourant en op de website van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (www.dte.nl).

Datum: 22 JUNI 2007



ir. G.J.L. Zijl
De directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA, 's Gravenhage.