

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer / 103598_1/41; 103598_2/37; 103598_3/33

Betreft zaak: bezwaar tegen het besluit 'betere benutting netcapaciteit'

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren van VEMW, PAWEX en Cogen tegen het besluit van 15 juli 2010 tot wijziging van de voorwaarden als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onderdelen a,b,e,f,g en i van de Elektriciteitswet 1998.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 15 juli 2010, kenmerk 103388/12 (hierna: het bestreden besluit), heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) naar aanleiding van een voorstel van de gezamenlijke netbeheerders d.d. 9 december 2009, op grond van artikel 31, eerste lid, onderdelen a,b,e,f,g en i van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: ook de E-wet), de Netcode Elektriciteit (hierna: de Netcode), de Meetcode Elektriciteit (hierna: de Meetcode), de Tarieencode Elektriciteit (hierna: de Tarieencode) en de Begrippenlijst gewijzigd vastgesteld.
2. Tegen het bestreden besluit is door de Vereniging Energie, Milieu en Water (hierna: VEMW), de belangenbehartiger voor Particuliere Windturbine Exploitanten (hierna: PAWEX) en door de Vereniging Cogen Nederland (hierna: Cogen) op 6 oktober 2010 bezwaar gemaakt (hierna tezamen aangeduid als: de bezwaarmakers). VEMW heeft bij brief van 24 september 2010 de gronden van bezwaar aangevuld. PAWEX en Cogen hebben bij brieven van 6 oktober 2010 de gronden van bezwaar aangevuld.
3. In het kader van de bezwaarprocedure is op 2 december 2010, ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, een hoorzitting gehouden. Hier zijn bezwaarmakers, alsmede Netbeheer Nederland als vertegenwoordiger van de netbeheerders, verschenen. Het verslag van deze hoorzitting is op 12 januari 2011 aan bezwaarmakers en Netbeheer Nederland toegezonden.
4. Ter zitting is gebleken dat mogelijk aan (een deel van) de bezwaren tegemoet gekomen kan worden door het opnemen van een aanvulling in de bij het bestreden

besluit vastgestelde regeling voor de betere benutting van de netcapaciteit. Met de aanwezigen is ter zitting is afgesproken dat bezwaarmakers een schriftelijk voorstel daartoe zouden indienen.

5. Verder is met de aanwezigen ter zitting afgesproken dat de Raad hangende de behandeling van de bezwaren een standpunt inneemt met betrekking tot een tweetal overige bezwaren tegen voornoemde regeling. Deze bezwaren hebben betrekking op de rechtstreekse werking en toepasselijkheid van een drietal Europese richtlijnen en de met de regeling in het bestreden besluit samenhangende administratieve lasten.
6. Een bevestiging van de hiervoor weergegeven afspraken is bij brief van 10 december 2010 aan bezwaarmakers en Netbeheer Nederland toegezonden. Bij brief van 30 december 2010 en 5 januari 2011 hebben respectievelijk PAWEX en VEMW een voorstel voor een plafond ingediend. Netbeheer Nederland heeft bij brief van 8 februari 2011 gereageerd op dit voorstel. Cogen heeft bij brief van 30 december 2010 aangegeven af te zien van het indienen van een voorstel.
7. De Raad heeft bij brief van 2 februari 2011 zijn standpunt (kenmerken 103598_1/24, 103598_2/19 en 103598_3/17) ten aanzien van de hiervoor genoemde bezwaargronden toegezonden aan de bezwaarmakers. Een afschrift van deze brief is bij brief van 2 februari 2011 aan Netbeheer Nederland toegezonden.

II. Bestreden besluit

8. Aan het bestreden besluit ligt de Regeling van de Minister van Economische Zaken van 29 april 2009 (kenmerk WJZ/9078738), houdende wijziging van de Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit in verband met de betere benutting van de netcapaciteit ten grondslag (hierna: de MR).¹ Artikel 18a van de Regeling schrijft voor dat de voorwaarden een aantal regels dienen te bevatten met het oog op betere benutting van netcapaciteit.
9. Bij het bestreden besluit is de Netcode, de Meetcode en de Tarieencode op een aantal onderdelen aangevuld. De bezwaren die naar voren zijn gebracht, houden in het bijzonder verband met de volgende artikelen, die aan de Netcode zijn toegevoegd en/of gewijzigd:

Artikel 4.2.5.3:

¹ Staatscourant 2009, nr. 92, 20 mei 2009.

Toepassing van congestiemanagement in een gebied dient uitsluitend ter overbrugging van de periode die resteert tot het moment waarop het (de) net(ten) zodanig verzwaard, gewijzigd of uitgebreid is (zijn) dat het gevraagde transport volledig beschikbaar gesteld kan worden.

Artikel 4.2.5.5, onderdeel d:

De betrokken netbeheerder(s) start(en) voor een gebied waarvoor een vooraankondiging is afgegeven, een onderzoek naar de mogelijkheden voor de toepassing van congestiemanagement. Congestiemanagement zal worden toegepast indien uit het onderzoek blijkt dat:

(...)

d. In het desbetreffende gebied voldoende potentiële deelnemers aanwezig zijn voor de uitvoering van congestiemanagement.

Artikel 4.2.5.14:

Indien de netbeheerder op enig moment op grond van 4.2.5.13 onvoldoende vermogen ter beschikking heeft om de van toepassing zijnde netveiligheidseisen tijdens de verwachte congestieperiode te handhaven, dan kan de netbeheerder alle aangeslotenen met een gecontracteerd en beschikbaar gesteld vermogen vanaf een nader te bepalen, en per congestiegebied vast te stellen grens, na tijdige voorafgaande informatieverstrekking, verplichten om een bijdrage te leveren aan het oplossen van de verwachte transportbeperking door middel van biedingen conform 5.1.2.3.

Artikel 4.2.5.17, onderdelen a en b:

De regeling als bedoeld in artikel 4.2.5.14. en paragraaf 5.1.2. is niet van toepassing op aangeslotenen met productie-eenheden die uitsluitend afhankelijk zijn van een of meer niet regelbare energiebronnen of aangeslotenen met productie-eenheden die niet zijn geïntegreerd in een industrieel productieproces, met dien verstande dat het afgegeven vermogen niet kan worden gewijzigd zonder verstoring van het productieproces.

Artikel 5.1.1.1:

Aangeslotenen op een hoogspanningsnet met een gecontracteerd en beschikbaar gesteld vermogen van 2 MW, dan wel een hoger door de netbeheerder te bepalen vermogen, of meer leveren, eventueel via hun programmaverantwoordelijke, transportprognoses in overeenkomstig de specificaties die de netbeheerder dienaangaande heeft opgesteld en bekendgemaakt.

Artikel 5.1.1.4a:

Aangeslotene, niet zijnde netbeheerders, met een gecontracteerd en beschikbaar gesteld transportvermogen van meer dan 60 MW dienen, na indiening van de transportprognoses volgens 5.1.1.3. en 5.1.1.4. wijzigen van meer dan 3 MW, in de transportprognoses van productie eenheden, direct nadat die bekend zijn, conform de specificaties in 5.1.1.5. in bij de netbeheerder. Indien sprake is van een congestiegebied, zoals bedoeld in artikel 4.2.5.4, geldt de voorgaande volzin tevens voor aangeslotenen met een gecontracteerd en beschikbaar gesteld transportvermogen van 3 MW tot 60 MW.

III. Wettelijk kader

Europese richtlijnen

Artikel 7, eerste lid, van Richtlijn 2001/77/EG:

“Onder behoud van de betrouwbaarheid en de veiligheid van het net nemen de lidstaten de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de transmissie- en distributienetbeheerders op hun grondgebied de transmissie en de distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen garanderen. Bovendien kunnen zij voorrang verlenen aan elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen voor de toegang tot het net. Bij de dispatching van opwekkingsinstallaties verlenen de transmissiebeheerders voorrang aan opwekkingsinstallaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen, voor zover de werking van het nationale elektriciteitssysteem dit toelaat.”

Artikel 8, eerste lid, van Richtlijn 2004/8/EG:

“Om de transmissie en distributie van elektriciteit uit hoogrenderende warmtekrachtkoppeling te garanderen, zijn artikel 7, leden 1, 2 en 5, van Richtlijn 2001/77/EG alsmede de desbetreffende bepalingen van Richtlijn 2003/54/EG van toepassing.”

Artikel 16, tweede lid, onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG:

“Met inachtneming van de voorschriften inzake de instandhouding van de betrouwbaarheid en veiligheid van het net, die gebaseerd zijn op transparante, niet-discriminerende door de bevoegde nationale autoriteiten vastgestelde criteria:

(...)

b. zorgen de lidstaten er tevens voor dat elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen voorrang heeft op dan wel gewaarborgde toegang krijgt tot het net.”

Elektriciteitswet 1998

Artikel 23, eerste lid:

“De netbeheerder is verplicht degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk. De netbeheerder verstrekt degene die om een aansluiting op het net verzoekt een gedetailleerde en volledige opgave van de uit te voeren werkzaamheden en de te berekenen kosten van de handelingen, onderscheiden in artikel 28, eerste lid.”

Artikel 24, tweede lid:

“De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de vorige volzin is met redenen omkleed. De netbeheerder verschaft degene aan wie transport is geweigerd desgevraagd en ten hoogste tegen kostprijs de relevante gegevens over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken.”

Artikel 27, tweede lid, onderdeel d:

“(…)

d. In de tariefstructuren wordt in ieder geval opgenomen dat iedere afnemer recht heeft te worden aangesloten op het dichtstbijzijnde punt in het net met een bij zijn aansluiting behorend spanningsniveau, met dien verstande dat een afnemer die een aansluiting op het net wenst met een aansluitwaarde groter dan 10 MVA, wordt aangesloten op het dichtstbijzijnde punt in het net waar voldoende netcapaciteit beschikbaar.”

Artikel 31, eerste lid, onderdeel a:

“Met inachtneming van de in artikel 26b bedoelde regels zenden de gezamenlijke netbeheerders aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de door hen jegens afnemers te hanteren voorwaarden met betrekking tot:

a. 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.”

(…)”

Artikel 36, eerste lid:

“De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt de tariefstructuren en voorwaarden vast met inachtneming van:

a. het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders als bedoeld in artikel 27, 31 of 32 en de resultaten van het overleg als bedoeld in artikel 33, eerste lid, van de E-wet;

- b. het belang van een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening;
- c. het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt;
- d. het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van afnemers en
- e. het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders, en
- f. het belang van een objectieve, transparante en niet discriminatoire handhaving van de energiebalans op een wijze die de kosten weerspiegelt, en
- g. de in artikel 26b, van de E-wet, bedoelde regels.”

Artikel 38:

- “1. De tariefstructuren en de voorwaarden treden in werking op een door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit te bepalen datum en gelden voor onbepaalde tijd.
- 2. Van de besluiten betreffende de vaststelling van de tariefstructuren en de voorwaarden alsmede de wijziging daarvan wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.
- 3. Iedere netbeheerder legt een exemplaar van de tariefstructuren en de voorwaarden voor een ieder ter inzage in al zijn vestigingen.”

Ministeriële regeling

Artikel I onderdeel b, artikel 18a, vierde lid:

“De voorwaarden, bedoeld in artikel 31, eerste lid, onderdeel a, van de wet, regels bevatten over de hoogte van het gecontracteerd en beschikbaar gesteld vermogen waarboven afnemers verplicht zijn tot het aanbieden van regel- en reservevermogen, die zodanig moeten zijn dat het bijdraagt aan een effectieve en efficiënte oplossing van een transportbeperking in een congestiegebied.”

IV. Bezwaren PAWEX, VEMW en Cogen

Inleiding

- 10. Bezwaarmakers verzoeken het bestreden besluit met inachtneming van de bezwaren te heroverwegen en de Netcode op een aantal punten te wijzigen. Voorts verzoeken bezwaarmakers ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht een vergoeding van de gemaakte kosten die verband houden met deze procedure. In het navolgende zullen de bezwaren kort en zakelijk per onderwerp worden weergegeven.

Strijdigheid met de richtlijnen

11. PAWEX en Cogen zijn van oordeel dat de in het bestreden besluit opgenomen regeling in strijd is met artikel 7, eerste lid, van Richtlijn 2001/77/EG, artikel 8, eerste lid, van Richtlijn 2004/8/EG en artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG. De in het bestreden besluit opgenomen regeling laat volgens Cogen en PAWEX de ruimte in congestiegebieden de elektriciteit opgewekt met hernieuwbare energiebronnen en exploitanten van (hoogrenderende) WKK –installaties niet te transporteren over het elektriciteitsnet.
12. PAWEX en Cogen betogen dat artikel 7, eerste lid, eerste volzin, van Richtlijn 2001/77/EG geleet op de bewoordingen ("*nemen*") imperatief geformuleerd is. Artikel 8, eerste lid, van Richtlijn 2009/28/EG, in samenhang gelezen met artikel 7, eerste lid, heeft daarmee volgens Cogen eveneens een imperatief karakter. De tweede volzin van artikel 7, eerste lid, is volgens PAWEX evenwel niet-imperatief geformuleerd. Dit onderdeel krijgt echter, met de inwerkingtreding van artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG², volgens PAWEX een imperatief karakter. Naar het oordeel van PAWEX en Cogen dient het bestreden besluit te worden aangepast waarmee recht wordt gedaan aan de hiervoor door PAWEX en Cogen veronderstelde rechtstreeks werkende bepalingen.

Indienen transportprognoses

13. PAWEX meent dat het gewijzigde artikel 5.1.1.4a van de Netcode in het bestreden besluit slechts beperkt moeten worden tot afnemers die zich bevinden in een congestiegebied. Volgens PAWEX weegt het belang van een toename voor administratieve lasten voor afnemers buiten een congestiegebied zwaarder dan het belang dat de netbeheerder een goed inzicht heeft in de beschikbare transportcapaciteit. Dit vindt volgens PAWEX bevestiging in artikel 18a, leden 2 en 3 van de Regeling 'tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit in verband met een betere benutting van de netcapaciteit' en de toelichting daarop.

Bestaande rechten; strijdigheid met artikel 24, tweede lid, van de E-wet

14. Bezwaarmakers stellen dat het bestreden besluit tot gevolg heeft dat reeds toegekende transportrechten van bestaande producenten worden ingeperkt. De in het bestreden besluit opgenomen bevoegdheid van de netbeheerder om een afnemer af te schakelen in geval van overbelasting van het net komt volgens bezwaarmakers feitelijk neer op een beperking van het recht op transport. Deze bevoegdheid is daarmee volgens bezwaarmakers in strijd met artikel 24, tweede lid, van de E-wet.

² De implementatietermijn van deze richtlijn is verlopen op 5 december 2010.

15. Artikel 24, tweede lid, van de E-wet heeft volgens bezwaarmakers tot doel om te voorkomen dat door het aansluiten van nieuwe afnemers op plaatsen in het net met onvoldoende transportcapaciteit reeds eerdere aangeslotenen die beschikken over bestaande rechten op transportcapaciteit worden benadeeld. Deze uitleg vindt volgens bezwaarmakers bevestiging in de door de (toenmalige) directeur DTe opgelegde bindende aanwijzing aan N.V. Continuon Netbeheer.³ Voorts is het inperken van transportrechten door het toepassen van deze bevoegdheid naar het oordeel van bezwaarmakers in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel ligt volgens bezwaarmakers mede ten grondslag aan artikel 24, tweede lid, van de E-wet.

Strijdigheid met artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet

16. Bezwaarmakers stellen dat de in het bestreden besluit gewijzigd vastgestelde artikel 4.2.5.3 van de Netcode impliceert dat een producent kan worden aangesloten op een punt in het net waar in geval van gemiddeld gebruik onvoldoende capaciteit is. Artikel 27, tweede lid, van de E-wet verzet zich volgens bezwaarmakers tegen het aansluiten van nieuwe producenten groter dan 10 MVA in geval er van normale bedrijfsvoering reeds sprake is van een dreigende overbelasting van het net. Deze bepaling laat volgens bezwaarmakers geen ruimte voor het aansluiten van producenten groter dan 10 MVA op een punt in het net met onvoldoende transportcapaciteit.
17. Naar de wens van bezwaarmakers dient de regeling in het bestreden besluit te worden aangepast in het licht van artikel 27, tweede lid, onderdeel b, van de E-wet. De regeling in het bestreden besluit dient volgens bezwaarmakers vast te leggen wat onder 'voldoende transportcapaciteit' als bedoeld in artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet dient te worden verstaan.
18. Volgens bezwaarmakers zijn criteria nodig die de netbeheerder in acht moet nemen om nieuwe producenten aan te sluiten op het net zodat het permanent afschakelen van reeds aangeslotenen wordt voorkomen. In de Netcode dient te worden opgenomen dat de netbeheerder bij de vraag of er netcapaciteit uitgaat van de gemiddelde netbelasting. Voorts dient in de Netcode te worden uitgewerkt wat onder gemiddelde belasting moet worden verstaan.

Voorstel voor een 'plafond' in de regeling van de Netcode

19. Om te kunnen beoordelen of aan het hiervoor genoemde bezwaar tegemoet kan worden gekomen, is ter zitting afgesproken dat bezwaarmakers een voorstel voor een 'plafond' in de regeling van de Netcode indienen. PAWEX en VEMW hebben een voorstel voor een plafond ingediend. Alhoewel Cogen niet mede de indiener van het

³ Kenmerk 101506-19.

voorstel is, zal het hierna eenvoudigheidshalve worden aangeduid als: 'het voorstel van bezwaarmakers'.

20. Het voorstel van bezwaarmakers betreft een aantal criteria voor een bovengrens voor het aansluiten van nieuwe producenten. Daartoe hebben PAWEX en VEMW een voorstel ingediend tot invoeging van een nieuw artikel 4.2.5.1a in de Netcode. De tekst van het voorstel tot invoeging van artikel 4.2.5.1a in de Netcode luidt:

“De beschikbare netcapaciteit als bedoeld in artikel 27, tweede lid, van de Wet wordt door de netbeheerder bepaald op basis van de netcapaciteit die nog beschikbaar is uitgaande van een gemiddelde netbelasting en na aftrek van de door de netbeheerders als reservecapaciteit aan te houden netcapaciteit. De gemiddelde netbelasting wordt bepaald op basis van historische meetwaarden die een representatieve periode beslaan. Bedoelde representatieve periode beslaat een periode van tenminste vijf jaar en ten hoogste 10 jaar.

Bij de bepaling van de gemiddelde netbelasting kan de netbeheerder rekening houden met aantoonbaar te verwachten ontwikkelingen m.b.t. de netbelasting, voor zover de verwachte gewijzigde netbelasting blijft binnen de grenzen van de technische aansluitcapaciteit van de afnemer die de gewijzigde netbelasting veroorzaakt.

De wijze waarop de netbeheerder de gemiddelde netbelasting heeft vastgesteld, de omvang van de door de netbeheerder aan te houden reservecapaciteit en de door de netbeheerder vastgestelde beschikbare netcapaciteit als bedoeld in artikel 27, tweede lid, van de Wet wordt binnen een week na afronden van het onderzoek gepubliceerd op de website van de netbeheerder die het betreffende onderzoek heeft gedaan.”

21. In de toelichting op het voorstel zetten bezwaarmakers uiteen dat met het voorgestelde artikel 4.2.5.1a wordt bepaald of er op een punt van de (beoogde) aansluiting voldoende netcapaciteit (als bedoeld in artikel 27, tweede lid, aanhef en onder d, E-wet) beschikbaar is. Bij de beoordeling van deze vraag dient de netbeheerder naar het oordeel van bezwaarmakers uit te gaan van de gemiddelde netbelasting in plaats van de huidige methode die uitgaat van de technisch maximaal mogelijke netbelasting. Aldus zou de voorgestelde bepaling er toe leiden dat boven een bepaalde grens (het 'plafond'). Indien de door een nieuwe afnemer gevraagde capaciteit valt buiten de door de netbeheerder berekende beschikbare netcapaciteit, zou de betreffende aansluiting moeten worden geweigerd.

22. Het voorstel van bezwaarmakers zal door de Raad, conform de met bezwaarmakers gemaakte afspraken, in de beoordeling van de bezwaren worden betrokken en op zijn merites worden beoordeeld.

V. Zienswijze Netbeheer Nederland

23. Netbeheer Nederland heeft ten aanzien van de hiervoor genoemde bezwaren – ter zitting en in haar schriftelijke reactie op het eerder genoemde voorstel van PAWEX en VEMW – het volgende aangevoerd.
24. Netbeheer Nederland merkt over de toepasselijkheid en de rechtstreekse werking van de Europese richtlijnen het volgende op. Zij is – nu het volgens haar een tijdelijke regeling betreft – bij het gewijzigd opstellen van de Netcode uitgegaan van de niet-rechtstreekse toepasselijkheid van de Europese richtlijnen. Verder wijst Netbeheer Nederland op de implementatie van de Europese richtlijnen in het inmiddels tot wet verheven 'Voorrang voor duurzaam'. Daarmee is volgens Netbeheer Nederland de discussie over de toepasselijkheid van de door bezwaarmakers genoemde Europese richtlijnen niet langer relevant.
25. Voorts kan Netbeheer Nederland het betoog van bezwaarmakers dat het gewijzigd vaststellen van de Netcode zou resulteren in een aanzienlijke administratieve verplichting niet volgen. Netbeheer Nederland stelt dat de verplichting om transportprognoses aan te leveren reeds geldt sinds 15 april 2000. Netbeheer Nederland meent dat er met de gewijzigd vastgestelde Netcode er voor aansluitingen binnen een congestiegebied in bepaalde gevallen een verscherping is getroffen ten opzichte van de huidige praktijk. Tegelijkertijd is volgens Netbeheer Nederland in de gewijzigd vastgestelde Netcode de algemene bepaling voor het aanleveren van transportprognoses genuanceerd. Daarmee betreft het volgens Netbeheer Nederland niet een nieuwe verplichting.
26. Met betrekking tot het bezwaar voor wat betreft de strijdigheid van het bestreden besluit met de artikelen 24, tweede lid, en 27, tweede lid, onderdeel b, van de E-wet stelt Netbeheer Nederland het volgende. De regeling in het bestreden besluit vormt naar het oordeel van Netbeheer Nederland geen inperking van de bestaande regelgeving. De regeling in het bestreden besluit zorgt er volgens Netbeheer Nederland voor dat potentiële aangeslotenen eerder een kans krijgen om het net te gebruiken, dan wanneer deze regeling er niet zou zijn. Daarmee worden volgens Netbeheer Nederland aangeslotenen zo goed mogelijk gefaciliteerd bij het krijgen van enerzijds een aansluiting en anderzijds transport.

27. Voorts constateert Netbeheer Nederland dat de kern van het hierboven genoemde bezwaaronderdeel toeziet op het gebruik van de aanduiding 'gemiddelde netcapaciteit'. In het geval er geen 'gemiddelde' situatie bestaat dient er volgens Netbeheer Nederland een regeling te zijn die er voor zorgt dat er op een correcte wijze wordt gehandeld op een moment dat alle aangeslotenen de maximale capaciteit vragen of in geval van productie bij te veel aanbod. Deze situatie beoogt de regeling in het bestreden besluit volgens Netbeheer Nederland te regelen. Hierbij gaan de netbeheerders bij de beoordeling van de beschikbare transportcapaciteit uit van de maximale piekbelasting.
28. Volgens Netbeheer Nederland moet de regeling in het bestreden besluit te worden beschouwd als een 'overbruggingsregeling', aangezien de productiecapaciteit doorgaans sneller gerealiseerd kan worden dan door middel van het uitbreiden van de netcapaciteit. In deze tussenliggende periode is er volgens Netbeheer Nederland immers te weinig transportcapaciteit ten opzichte van de hoeveelheid aangesloten productie.
29. Verder is het volgens Netbeheer Nederland in het verleden niet mogelijk gebleken een onder of bovengrens in de vorm van een plafond in te stellen voor het beoordelen van de beschikbare transportcapaciteit. Zo is het volgens Netbeheer Nederland voor een netbeheerder bijvoorbeeld onmogelijk de (toekomstige) inzet van productie-eenheden op een bepaalde locatie te voorspellen.
30. Tot slot kan Netbeheer Nederland zich niet verenigen met het voorstel van PAWEX en VEMW tot het instellen van een plafond. Ten eerste is Netbeheer Nederland van mening dat het al dan niet aanbrengen van een plafond een politieke keuze is, die zijn grondslag moet vinden in de wet of in de AMvB 'Vorrang voor duurzaam'. Netbeheer Nederland acht het derhalve niet opportuun om een regeling voor een plafond op te stellen binnen de huidige wettelijke kaders. Ten tweede stuit het voorstel naar het oordeel van Netbeheer Nederland op een reeks van bezwaarpunten.
31. In het voorstel wordt de gemiddelde netbelasting bepaald op basis van historische meetwaarden. Netbeheer Nederland acht het voorstel met name op dit onderdeel onuitvoerbaar. Volgens Netbeheer Nederland is de (toekomstige) inzet van productie-eenheden een onzekere factor die niet afgedekt kan worden door metingen uit het verleden. Het al dan niet beschikbaar hebben van voldoende transportcapaciteit voor een nieuwe aansluiting dient daarom per geval bepaald te worden. Een algemene publicatie van de nog beschikbare transportcapaciteit is daarmee voor een netbeheerder in de praktijk volgens Netbeheer Nederland niet haalbaar. Daarbij

verwacht Netbeheer Nederland in het voorstel tot het publiceren van deze gegevens een risico van mogelijke langdurige en complexe discussies en geschillen.

32. Voorts leidt het voorstel volgens Netbeheer Nederland ertoe dat de netbeheerder ten allen tijde reservecapaciteit achter de hand houdt om daarmee mogelijk klanten tot het net te onthouden. Ten slotte resulteert het voorstel volgens Netbeheer Nederland in een behoorlijke administratieve last voor de netbeheerders.
33. Deze en andere, meer praktische punten vragen volgens Netbeheer Nederland eerst om nadere uitwerking voordat een 'plafond regeling' aan de Netcode kan worden toegevoegd.

VI Beoordeling

VI.1 *Inleiding*

34. De beoordeling van de bezwaren concentreert zich op drie onderdelen. Deze betreffen: i) de vraag of de regeling in het bestreden besluit zich verhoudt tot de Europese richtlijnen en de Elektriciteitswet 1998, ii) de met de regeling in het bestreden besluit samenhangende administratieve lasten en iii) de vraag of het voorstel tot het instellen van een plafond verenigbaar is met de E-wet en het met het bestreden besluit beoogde doel. Daarbij merkt de Raad op dat de inhoudelijke beoordeling van de bezwaren inzake de strijdigheid met de Europese richtlijnen en inzake de administratieve lasten (grotendeels) overeenstemt met de Raad zijn eerder ingenomen standpunt.

VI.2 *Europese richtlijnen en de Elektriciteitswet 1998*

Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2004/8/EG

35. De Raad overweegt met betrekking tot hetgeen PAWEX en Cogen hebben aangevoerd met betrekking tot Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2004/8/EG als volgt.
36. Ingevolge artikel 26, eerste lid, van Richtlijn 2009/28/EG worden in Richtlijn 2001/77/EG artikel 2, artikel 3, lid 2, en de artikelen 4 tot en met 8 geschrapt met ingang van 1 april 2010. Tot de bepalingen van Richtlijn 2001/77/EG die aldus met ingang van 1 april 2010 zijn opgehouden te bestaan, behoort derhalve ook artikel 7 van deze richtlijn. Op deze bepaling doen PAWEX en Cogen een beroep. Daar deze bepaling niet meer bestaat, kan daarop niet met vrucht een beroep worden gedaan.
37. PAWEX en Cogen hebben tevens een beroep gedaan op artikel 8 van Richtlijn 2004/8/EG. In dit artikel wordt onder meer bepaald dat artikel 7 van Richtlijn 2001/77/EG van toepassing is. Zoals in het voorgaande is aangegeven, heeft artikel 7 van Richtlijn 2001/77/EG met ingang van 1 april 2010 opgehouden te bestaan. De verwijzing in artikel 8 van Richtlijn 2004/8/EG is derhalve thans zonder betekenis. In zoverre kan derhalve ook niet met vrucht een beroep op artikel 8 van Richtlijn 2004/8/EG worden gedaan.
38. In artikel 8 van Richtlijn 2004/8/EG worden tevens de desbetreffende bepalingen van Richtlijn 2003/54/EG van toepassing verklaard. Deze betreffen met name de definities van artikel 2 van deze richtlijn en de hoofdstukken IV tot en met VII, die allen betrekking hebben op transmissie- en distributiesystemen. Deze hoofdstukken bevatten geen bepalingen op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn maatregelen te treffen om het transport van elektriciteit uit duurzame bronnen of daarmee

vergelijkbare bronnen te garanderen. Slechts in artikel 14, vierde lid, van deze richtlijn wordt bepaald dat de lidstaten een distributiesysteembeheerder ertoe kan verplichten om bij het inschakelen van stroomproductie-eenheden voorrang te geven aan productie-installaties die gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen, afvalstoffen of warmtekrachtkoppeling. Dit is echter een discretionaire bevoegdheid van de lidstaten en geen verplichting

39. Ingevolge artikel 48 van Richtlijn 2009/72/EG ("de derde Elektriciteitsrichtlijn") is Richtlijn 2003/54/EG met ingang van 3 maart 2011 ingetrokken. Ingevolge de tweede volzin van deze bepaling gelden verwijzingen naar Richtlijn 2003/54 als verwijzingen naar Richtlijn 2009/72/EG en deze moeten gelezen worden overeenkomstig de bij deze Richtlijn als bijlage II gevoegde concordantietabel. Uit de tabel blijkt dat de artikelen van de hoofdstukken IV tot en met VII van Richtlijn 2003/54/EG corresponderen met de artikelen 9 tot en met 37 van Richtlijn 2009/72/EG. Nu echter Richtlijn 2003/54/EG geen verplichting bevatte tot een voorrang voor het transport van elektriciteit die met bepaalde productiemiddelen is geproduceerd, zoals door PAWEX en Cogen bedoeld, maakt het voortbestaan van de materiële inhoud van deze bepalingen in de nieuwe Richtlijn, dit niet anders. Wel wordt in Richtlijn 2009/72/EG in artikel 15, derde lid, verwezen naar artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG, dat hierna nog te sprake komt. Toepassing van deze bepaling is een verplichting. Verder is in artikel 25, vierde lid, van Richtlijn 2009/72/EG een bepaling opgenomen die inhoudelijk geheel overeenstemt met het hiervoor besproken artikel 14, vierde lid, van Richtlijn 2003/54/EG. Ook deze bepaling is geformuleerd als een discretionaire bevoegdheid van de lidstaten.
40. Uit Richtlijn 2003/54/EG, noch uit Richtlijn 2009/72/EG is, gelet op het voorgaande, een rechtstreeks werkende verplichting af te leiden met betrekking tot het transport van elektriciteit die is geproduceerd met hernieuwbare energiebronnen. Het beroep van PAWEX en Cogen op Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2004/8/EG kan derhalve niet slagen.

Richtlijn 2009/28/EG

41. Met betrekking tot hetgeen PAWEX en Cogen hebben gesteld met betrekking tot artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG overweegt de Raad als volgt.

Rechtstreeks werkende richtlijnbeepaling

42. Een bepaling uit een richtlijn kan slechts met succes tegen een lidstaat worden ingeroepen indien deze rechtstreeks werkend is. Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie moet een bepaling om rechtstreekse werking te bezitten

voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijkheid zijn opgesteld. Voorts dient in het geval van richtlijnen de omzettingstermijn ervan verstreken te zijn.⁴ Een bepaling is voldoende nauwkeurig wanneer de verplichting die zij oplegt in niet mis te verstane woorden is gesteld. Een bepaling is onvoorwaardelijk indien de aan de lidstaten opgelegde verplichting van geen enkele voorwaarde en haar uitvoering of werking van geen enkele handeling van gemeenschapinstelling of lidstaten afhankelijk is gesteld.⁵ Een bepaling die niet aan deze eisen voldoet kan derhalve niet tegen een lidstaat en zijn bestuursorganen worden ingeroepen.

43. Met betrekking tot Richtlijn 2009/28/EG stelt de Raad vast dat ingevolge artikel 27 van deze Richtlijn de implementatietermijn op 5 december 2010 is verstreken. Voorts stelt de Raad vast dat artikel 16 van de Richtlijn imperatief is gesteld, hetgeen blijkt uit de zinsneden "*zien de lidstaten er op toe*" en "*zorgen de lidstaten ervoor*" in de tekst van artikel 16. De verplichtingen die artikel 16 oplegt, zijn voorts voldoende nauwkeurig geformuleerd. Naar het oordeel van de Raad komt aan artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG derhalve rechtstreekse werking toe.

Reikwijdte van de transportverplichting voor duurzame elektriciteit

44. Ter beantwoording van de vraag of de regeling betere benutting netcapaciteit in de Netcode strijdig is met het bepaalde bij Richtlijn 2009/28/EG, met name artikel 16 van die Richtlijn, zal eerst duidelijkheid moeten worden verkregen over de reikwijdte van de transportverplichting voor duurzame elektriciteit ingevolge deze Richtlijn.
45. Ingevolge onderdeel a van het tweede lid van artikel 16 zien de lidstaten er op toe dat beheerders van transmissie- en distributiesystemen op hun grondgebied de transmissie en distributie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen garanderen. In onderdeel b van dit artikel is bepaald dat de lidstaten er tevens voor zorgen dat elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen voorrang heeft op dan wel gewaarborgde toegang krijgt tot het net. In onderdeel c is voorts bepaald dat bij het afhandelen van het transport van elektriciteit voorrang wordt gegeven aan elektriciteit die met hernieuwbare energiebronnen is opgewekt. Daarbij is voorts bepaald dat de lidstaten ervoor zorgen dat passende netwerk- en marktgerelateerde beheersmaatregelen worden getroffen om de belemmeringen voor uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit tot een minimum te beperken.

⁴ HvJ, zaak C-8/81, *Becker*, para. 25. Zie verder: Prinsen, "*Doorwerking van Europees Recht*", p. 12-13 en Lenaerts en van Nuffel, "*Europees Recht in hoofdlijnen*", p. 413.

⁵ HvJ, zaak C-236/92, *Regione Lombardia*, para. 8-10.

46. De regering heeft zich op het standpunt gesteld dat de huidige verplichtingen ingevolge de E-wet voldoende zijn als implementatie.⁶ Om tegemoet te komen aan de wens van de Tweede Kamer wordt voornoemde bepaling van Richtlijn 2009/28/EG verdergaand dan de Richtlijn eist in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd door middel van artikel 24a van de Wet tot wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten.⁷ Deze wet zal hierna kortheidshalve worden aangeduid als: Wet voorrang voor duurzaam. Blijkens artikel V van deze wet treden de artikelen van deze wet in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld. Voor artikel II, onderdeel K, waarin het nieuwe artikel 24a van de E-wet is opgenomen, is de inwerkingtreding nog niet bepaald. Vermoedelijk zal dit op 1 juli 2011 plaatsvinden. Met het tot stand brengen van het komende artikel 24a van de E-wet heeft de wetgever echter een uitleg van artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG gegeven die bij de beoordeling van de vraag of de regeling voor een betere benutting van de netcapaciteit in de Netcode al dan niet in strijd is met artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG betrokken moet worden.
47. In de Memorie van Toelichting bij de Wet voorrang voor duurzaam wordt het volgende opgemerkt over de – toen nog ontwerp – Richtlijn 2009/28/EG:⁸

“Omdat duurzame elektriciteit tot voor kort zonder problemen voor de werking van het elektriciteitssysteem getransporteerd kon worden, zijn daar geen specifieke maatregelen voor getroffen. Duurzame elektriciteit heeft onder dezelfde voorwaarden toegang tot het net als niet-duurzame elektriciteit. Bij de implementatie van richtlijn 2001/77/EG waren er geen indicaties dat er capaciteitsproblemen op het net zouden ontstaan en daarom is er bij de implementatie geen invulling gegeven aan de mogelijkheid die die richtlijn bied om voorrang te geven aan duurzame elektriciteit. Als gevolg van de (dreigende) congestie op het net, zijn nu wel maatregelen nodig. In

⁶ Zie de brief van de Minister van Economische Zaken, landbouw en Innovatie van 28 oktober 2010, kenmerk ETM/EM/10159240, p. 4.

⁷ Wet van 2 december 2010 tot wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten, *Stb.* 2010, nr. 810. De onderdelen van deze wet die betrekking hebben op de verbetering van de gasmarkt treden in werking met ingang van 1 april 2011. Naar verwachting treden de andere wetswijzigingen overwegend op 1 juli 2011 in werking. Zie: KB 27 december 2010, *Staatsblad* 2011, nr. 11.

⁸ *Kamerstukken II* 2008–2009, 31 904, nr. 3, p. 23 – 24.

2008 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn ingediend die Richtlijn 2001/77/EG moet vervangen. Over het ontwerp van de richtlijn heeft het Europees Parlement op 17 december 2008 het standpunt in eerste lezing vastgesteld. Het Europees Parlement streeft er naar de richtlijn voor de verkiezingen van het Europees Parlement in juni 2009 aan te nemen. In de ontwerprichtlijn worden de bepalingen uit richtlijn 2001/77/EG, inzake de toegang tot en het transport over tot het elektriciteitsnet van duurzame elektriciteit, aangepast. Het voorgestelde artikel 16 bepaalt dat lidstaten, met inachtneming van de voorschriften inzake de instandhouding van de betrouwbaarheid en veiligheid van het net:

- a. er op moeten toezien dat de beheerders van transmissie- en distributiesystemen de transmissie en distributie van duurzame elektriciteit garanderen;*
- b. er voor moeten zorgen dat duurzame elektriciteit voorrang heeft op dan wel gewaarborgde toegang krijgt tot het net;*
- c. er voor moeten zorgen dat transmissiesysteembeheerders bij de dispatching van opwekkings-installaties voorrang geven aan installaties waarmee duurzame elektriciteit wordt opgewekt.*

Met dit wetsvoorstel wordt geregeld dat duurzame elektriciteit onbelemmerd getransporteerd kan worden en dat indien dit vanwege congestie nodig is, voorrang wordt gegeven aan het transport van duurzame elektriciteit. De Elektriciteitswet 1998 voorziet reeds in de gewaarborgde toegang tot het net van duurzame elektriciteit."

- 48. Het uiteindelijk van kracht geworden artikel 16 wijkt overigens niet af van het ontwerp, waarover deze passage uit de Memorie van Toelichting gaat.
- 49. In de aanhef van het tweede lid van artikel 16 is bepaald dat de voorschriften inzake de instandhouding van de betrouwbaarheid en veiligheid van het net steeds in acht dienen te worden genomen, ook bij de transmissie en distributie van duurzame elektriciteit. Voorts wordt in onderdeel c van het tweede lid bepaald:

"De lidstaten zorgen ervoor dat passende netwerk- en marktgerelateerde beheersmaatregelen worden getroffen om de belemmeringen voor uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit tot een minimum te beperken."

- 50. Belemmeringen voor het transport van duurzame elektriciteit dienen derhalve tot een minimum te worden beperkt maar behoeven niet geheel te worden uitgesloten, terwijl steeds de voorschriften inzake betrouwbaarheid en veiligheid van het net in acht moeten worden genomen. Ook hieruit kunnen derhalve beperkingen voortvloeien voor duurzame elektriciteit.

51. Voorts wijst de Raad in dit verband op de beantwoording van Kamervragen bij de behandeling van de Wet voorrang voor duurzaam in de Eerste Kamer. Tijdens die behandeling werden door de fracties van Christenunie en SGP vragen gesteld over de mogelijkheid tot het weigeren van transport van duurzame energie onder Richtlijn 2009/28/EG. De regering antwoordde in de Memorie van Antwoord als volgt:⁹

"Onderdeel K, artikel 24a

De leden van de fractie van de ChristenUnie en van de SGP vroegen of de richtlijn hernieuwbare energie meebrengt dat het voorgestelde artikel 24a zo moet worden uitgelegd dat het een netbeheerder in geval van congestie niet is toegestaan op grond van doelmatigheidsoverwegingen te weigeren elektriciteit opgewekt met hernieuwbare energiebronnen en hoogrenderende WKK-installaties bij voorrang te transporteren. In artikel 16, tweede lid, onderdeel c, van bedoelde richtlijn wordt alleen bij de invoeding op het net door producenten gerefereerd aan netveiligheid en niet bij het ter beschikking stellen van transportcapaciteit. In onderdeel b van datzelfde artikel, dat bepaalt dat elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen voorrang dan wel gewaarborgde toegang heeft tot het net, wordt niet aan netveiligheid gerefereerd. Omdat het hier een vraagstuk over transport betreft, moet er worden teruggevallen op de elektriciteitsrichtlijnen. Daaruit volgt dat geen enkele producent, grijs noch groen, een absoluut recht op transport heeft. De derde elektriciteitsrichtlijn verplicht de netbeheerder tot het uitvoeren van transport, voor zover hij redelijkerwijs capaciteit beschikbaar heeft. De richtlijn duurzaam maakt hierop geen uitzondering of aanvulling voor het transport van duurzame elektriciteit of elektriciteit opgewekt door middel van hoogrenderende warmtekrachtkoppeling. Het is de netbeheerder daarom toegestaan om congestiemanagement niet toe te passen op grond van doelmatigheidsoverwegingen. Dit geldt ook voor duurzame elektriciteit of elektriciteit opgewekt door middel van hoogrenderende warmtekrachtkoppeling. Een weigering door de netbeheerder om transportcapaciteit ter beschikking te stellen dient met redenen omkleed te zijn."

52. De regering is derhalve duidelijk van oordeel dat de verplichtingen op grond van Richtlijn 2009/28/EG met betrekking tot het transport van duurzame elektriciteit geen verplichting inhoudt tot het onder *alle* omstandigheden transporteren van duurzame elektriciteit.¹⁰

⁹ Kamerstukken I, 2009-2010, 31 904, nr. D, p. 29 – 30.

¹⁰ Zie ook Kamerstukken II, 2009 – 2010, 31 904, nr. 45, p. 43 voor een antwoord van de Minister van Economische Zaken van gelijke strekking.

53. Uit artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG in samenhang met de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis van de implementatie van deze Richtlijn blijkt derhalve dat bij congestie voorrang moet worden gegeven aan duurzame elektriciteit maar dat deze voorrang geen absolute transportgarantie inhoudt.
54. Op basis van deze uitleg van artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG is in het eerste lid van het komende artikel 24a van de E-wet geregeld dat de netbeheerder in geval van congestie duurzame elektriciteit en elektriciteit opgewekt in een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling transporteert en congestiemanagement toepast op de overige in het congestiegebied opgewekte elektriciteit. In het tweede lid is opgenomen dat in het geval de congestie met het in het eerste lid bedoelde congestiemanagement niet wordt opgeheven, het congestiemanagement wordt uitgebreid tot elektriciteit opgewerkt in een installatie voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling. Wordt ook daarmee de congestie niet opgeheven, dan wordt ook duurzame elektriciteit in het congestiemanagement betrokken. Gelet op de ruimte die artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG biedt met betrekking tot het transport van duurzame elektriciteit (geen absolute transportgarantie) kan er niet van worden uitgegaan dat de regeling van artikel 24a strijdig is met deze richtlijn, zeker in aanmerking genomen dat met de huidige aansluit- en transportplicht reeds wordt voldaan aan de Richtlijn.

Beperkingen van het transport voor duurzame elektriciteit bij congestie op grond van de Netcode

55. Vervolgens moet worden nagegaan welke beperkingen voor het transport van duurzame elektriciteit de regeling betere benutting van de netcapaciteit in de Netcode in geval van congestie met zich brengt. Daarna kunnen de regelingen van artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG en de regeling van de Netcode op dit punt met elkaar worden vergeleken, zodat kan worden vastgesteld of de regeling van de Netcode op enig punt treedt buiten de kaders die door de Richtlijn zijn aangegeven.
56. De regeling in de Netcode heeft de strekking de netcapaciteit beter te benutten op het moment dat in het net congestie dreigt te ontstaan. Deze regeling komt er in essentie op neer dat in geval van congestie producenten in het afgebakende gebied vrijwillig minder gaan produceren (hierna: terugregeling) waarvoor ze financieel worden vergoed. De producent doet hiertoe op basis van artikel 5.1.2.3 van de Netcode de netbeheerder een bieding van zijn vermogen dat hij ter beschikking stelt aan de netbeheerder. De bieding bevat de duur, de omvang en de prijs van het ter beschikking gestelde vermogen. Terugregeling volgens dit biedsysteem geschiedt ingevolge artikel 4.2.5.13 van de Netcode op vrijwillige basis, tenzij op deze wijze de congestie niet kan worden opgelost. Voor dat geval bepaalt artikel 4.2.5.14 van de Netcode dat

aangesloten kunnen worden verplicht om een bijdrage te leveren door het doen van een bieding conform artikel 5.1.2.3 van de Netcode.

57. De aard van deze regeling brengt met zich mee dat een producent die niet op vrijwillige basis tot terugregeling van de ter transport aangeboden hoeveelheid elektriciteit wil overgaan, slechts bij hoge uitzondering geconfronteerd zal worden met transportbeperkingen als gevolg van congestiemanagement.
58. Ingevolge artikel 4.2.5.17 van de Netcode zijn bepaalde producenten uitgezonderd van toepassing van de regeling voor congestiemanagement. Daarbij is in dit geval met name de categorie producenten genoemd in de aanhef en onder a en b van artikel 4.2.5.17 van de Netcode van belang. Het gaat hier om productie-eenheden die uitsluitend gebruik maken van één of meer niet regelbare energiebronnen. Daaronder vallen onder meer productie-eenheden die gebruik maken van windenergie.
59. De regeling in de Netcode geeft, gelet op het voorgaande, bepaalde producenten van duurzame elektriciteit de ruimte om niet mee te doen aan het oplossen van congestie. Slechts wanneer het vrijwillige systeem faalt, kunnen producenten van duurzame elektriciteit worden verplicht een bijdrage te leveren. Voor producenten van windenergie geldt voorts dat zij nimmer kunnen worden gedwongen een bijdrage te leveren.

Verenigbaarheid van de Netcode met Richtlijn 2009/28/EG

60. Naar het oordeel van de Raad is, gelet op het voorgaande, het bestreden besluit niet in strijd met artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG. Het op voorrang toegang verkrijgen tot het elektriciteitsnet voor de productie-eenheden als bedoeld in artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG wordt met de regeling in het bestreden besluit op geen enkele wijze belemmerd dan wel ingeperkt. Integendeel, met toepassing van het gewijzigd vastgestelde artikel 4.2.5.17 van de Netcode wordt het transport van elektriciteit afkomstig uit die productie-eenheden in afdoende mate gegarandeerd. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat het de producenten van duurzame elektriciteit vrij staat om niet deel te nemen aan het oplossen van congestie.
61. Alhoewel in de Netcode de voorrang voor duurzame elektriciteit niet met zoveel woorden is vastgelegd, brengt deze keuzevrijheid met zich dat duurzame elektriciteit in de regel vrijwel altijd zal kunnen worden getransporteerd. Slechts in uitzonderingsgevallen zal door het systeem van de biedingen onvoldoende vermogen worden aangeboden, waardoor ingevolge artikel 4.2.5.14 van de Netcode een verplichting ontstaat om door middel van een bieding vermogen ter beschikking te

stellen. Dit is in lijn met het komende artikel 24a van de E-wet dat een regeling voor congestiemanagement bevat, waarbij pas in laatste instantie producenten van duurzame elektriciteit kunnen worden verplicht een bijdrage te leveren aan het oplossen van congestie. Overigens worden producenten financieel gecompenseerd in het geval van verplichte deelname aan het oplossen van congestie.

62. De Raad betreft daarbij voorts dat ingevolge artikel 4.2.5.17, aanhef en onder a en b, productie-eenheden die gebruik maken van niet-regelbare bronnen en productie-eenheden die zijn geïntegreerd in een industrieel productieproces en waarvan het afgegeven vermogen niet kan worden gewijzigd zonder verstoring van dat productieproces, categorisch zijn uitgezonderd van de verplichting een bijdrage te leveren aan het oplossen van congestie. Onder deze uitzonderingen vallen bepaalde productie-eenheden die gebruik maken van hernieuwbare bronnen als bedoeld in Richtlijn 2009/28/EG, zoals bijvoorbeeld windenergie en bepaalde hoogrenderende warmtekrachtkoppelingen. Weliswaar strekt deze uitzondering zich niet uit tot alle duurzame elektriciteit maar wel tot een belangrijk deel daarvan.
63. Ten slotte wijst de Raad erop dat de regeling in de Netcode een voorlopige regeling is voor congestiemanagement. Om tegemoet te komen aan de wens van de Tweede Kamer zal het recht op voorrang voor duurzame elektriciteit bij toegang tot het elektriciteitsnet zal, zoals gezegd, met de inwerkingtreding van artikel 24a van de E-wet in het kader van de Wet voorrang voor duurzaam verdergaand dan de Richtlijn eist worden geïmplementeerd.
64. Verder zal een bepaalde rangorde voor de toepassing van congestiemanagement expliciet worden vastgesteld in de nader op te stellen Algemene Maatregel van Bestuur 'Congestiemanagement'.¹¹ Artikel 16, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van Richtlijn 2009/28/EG krijgt daarmee thans een onverkorte uitwerking met de inwerkingtreding van artikel 24a van de E-wet en meer in het bijzonder met de in de Algemene Maatregel van Bestuur 'congestiemanagement' (nog) te bepalen rangorde.¹² De regeling in de Netcode wordt, voor zover nodig, op deze wetgeving aangepast.

Conclusie

65. Gelet op het voorgaande zijn in de gewijzigde Netcode de transportbelemmeringen voor duurzame elektriciteit beperkt tot een minimum, zodat met de regeling die met

¹¹ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 904, nr. 11, p. 2.

¹² Zie Marktconsultatie met betrekking tot de AMvB congestiemanagement, ex artikel 24a, 8e lid, van het wetsvoorstel wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet inzake verbetering voorzieningszekerheid, mei 2010, p. 8.

het bestreden besluit in de Netcode is ingevoegd, wordt voldaan aan het bepaalde in artikel 16 van Richtlijn 2009/28/EG. Daarmee dient dit bezwaar ongegrond te worden verklaard.

Bestaande rechten; artikel 24, tweede lid, van de E-wet.

66. De Raad overweegt met betrekking tot hetgeen bezwaarmakers hebben aangevoerd voor wat betreft de strijdigheid van de regeling in het bestreden besluit met artikel 24, tweede lid, van de E-wet als volgt.
67. De Raad kan het betoog van bezwaarmakers dat de regeling in het bestreden besluit in strijd zou zijn met artikel 24, tweede lid, van de E-wet niet volgen. Van strijd met artikel 24, tweede lid, van de E-wet is geen sprake.
68. Artikel 24 van de E-wet bepaalt 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. Voor deze bepaling bestaat een uitzondering voor de gevallen waarin de netbeheerder redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. In dat geval is de netbeheerder gerechtigd om op basis van artikel 24, tweede lid, van de E-wet een verzoek om transport te weigeren, mits dit met redenen is omkleed. Dit betekent dat indien en voor zover er geen voldoende transportcapaciteit beschikbaar is, er geen transportplicht op de netbeheerder rust. Wel dient deze bepaling restrictief te worden uitgelegd en gehanteerd, nu het verrichten van transport een kerntaak van de netbeheerder is.¹³
69. Naar het oordeel van de Raad dient artikel 24, mede in het licht van de door bezwaarmakers aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis¹⁴, aldus te worden verstaan dat beperkingen met betrekking tot het transport in het geval er onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is, mogelijk zijn. De Raad baseert dit oordeel op de volgende overwegingen.
70. Het eerste lid van artikel 24 van de E-wet bepaalt dat het door de netbeheerder aangeboden transport moet worden uitgevoerd tegen een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk. Artikel 36, eerste lid, aanhef en onder b van de E-wet bepaalt dat de tariefstructuren en voorwaarden worden vastgesteld met inachtneming van het belang van een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch functioneren van de

¹³ Zie zaak 103370 (Eemsmond/TenneT) randnummer 41.

¹⁴ *Kamerstukken II, 1997 – 1998, 25 621, nr. 3, p. 35.*

elektriciteitsvoorziening. Dit belang is bovendien eveneens opgenomen in artikel 12, aanhef en onder a van Richtlijn 2009/72/EG voor transmissiesysteembeheerders en in artikel 25, eerste lid, van deze richtlijn voor distributiesysteembeheerders. Dit betekent dat de verplichting van artikel 24, eerste lid, van de E-wet gezien moet worden in het licht van dit belang. Waar de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening in het geding komt, geldt dat op basis van artikel 36 van de E-wet transportbeperkende voorwaarden kunnen worden gesteld. Het in de wet en voornoemde richtlijn verankerde belang van de betrouwbaarheid van de energievoorziening, dat een fundamenteel uitgangspunt vormt van de Elektriciteitswet 1998, dient immers te kunnen prevaleren boven een individueel recht op transport. Dit uitgangspunt ligt eveneens ten grondslag aan artikel 18a, vijfde lid, van de Ministeriële regeling.

71. Het tweede lid van artikel 24 van de E-wet geeft bovendien aan dat transport kan worden geweigerd indien onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is. Anders dan bezwaarmakers is de Raad van oordeel dat deze bepaling niet alleen ziet op transport ten behoeve van nieuw aangeslotenen maar ook kan zien op transport ten behoeve van reeds aangeslotenen. Reeds aangeslotenen zullen door middel van een transportprognose moeten aangegeven wat de door hen gewenste transportcapaciteit is. Deze prognose vormt een onderdeel van het (doorlopende) verzoek om transportcapaciteit. Anders dan bezwaarmakers lijken te stellen is er geen aan reeds aangeslotenen voorbehouden capaciteit maar dient op basis van artikel 24, tweede lid, van de E-wet de door alle aangeslotenen gewenste capaciteit te worden beoordeeld in het licht van de beschikbare capaciteit. Wanneer de beschikbare capaciteit daartoe aanleiding geeft, kan de situatie ontstaan dat de gewenste capaciteit niet volledig ter beschikking kan worden gesteld.
72. Het bestreden besluit geeft een regeling voor het – in eerste instantie op vrijwillige basis – ter beschikking stellen van capaciteit aan de netbeheer in geval van congestie. Pas als ultimum remedium kunnen beperkingen door de netbeheerder dwingend worden opgelegd. Op dat moment zal echter sprake zijn van een situatie waarin de integriteit van de netten en de betrouwbaarheid van de energievoorziening dwingen tot zulke maatregelen. Gelet op de reikwijdte van de in artikel 24 van de E-wet neergelegde, aan beperkingen onderhevige, transportverplichting van de netbeheerder kan niet worden geoordeeld dat de met het bestreden besluit in het leven geroepen regeling in strijd is met artikel 24 van de E-wet.
73. Hetgeen door de directeur DTe (thans de Raad) is overwogen in de aan N.V. Continuon Netbeheer gegeven bindende aanwijzing maakt dit niet anders. De directeur van de DTe heeft immers in dit besluit benadrukt dat indien de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit beschikbaar heeft er niet

van een transportplicht van de netbeheerder kan worden gesproken. Anderzijds betekent dit niet, zoals in het besluit tot oplegging van de bindende aanwijzing is overwogen, dat de netbeheerder kan volstaan met het naar evenredigheid verdelen van de beperkte capaciteit over alle aangesloten. De netbeheerder dient in beginsel het verzochte transport te verrichten. Dit lijdt echter uitzondering in situaties waarin de netintegriteit en de betrouwbaarheid van de elektriciteitsvoorziening in gevaar komen. De regeling die met het bestreden besluit in de tariefstructuren en voorwaarden wordt ingevoegd, houdt met genoemd uitgangspunt rekening. Beperkingen zijn in eerste instantie vrijwillig en slechts in noodgevallen kan de netbeheerder gedwongen beperkingen opleggen.

74. De DTe heeft overigens in dit besluit nadrukkelijk om andere redenen dan de door bezwaarmakers in het bezwaarschrift aangehaalde passage een bindende aanwijzing aan de netbeheerder gegeven. De DTe heeft immers een schending van artikel 24 van de E-wet vastgesteld om reden dat de netbeheerder onvoldoende heeft aangetoond en inzichtelijk heeft gemaakt dat kan worden gesproken van een situatie waarin de netbeheerder redelijkerwijs geen capaciteit voor het gevraagde transport ter beschikking heeft.
75. Tevens kan het beroep van bezwaarmakers op het rechtszekerheidsbeginsel om bovenstaande redenen niet slagen.
76. Voorts meent de Raad dat de regeling in het bestreden besluit invulling beoogt te geven aan artikel 24, tweede lid, van de E-wet door eventuele transportweigeringen zoveel mogelijk in te perken. De regeling in het bestreden besluit omvat maatregelen met het oog op het beter benutten van de bestaande transportcapaciteit. Daarmee heeft de regeling in het bestreden besluit het oogmerk om de middelen van de netbeheerder zodanig te versterken dat bestaande transportcapaciteit optimaal benut wordt en eventuele optredende congestie effectief en efficiënt beheerd kan worden.¹⁵
77. Een betere benutting van de bestaande transportcapaciteit dient er toe te leiden dat het recht op transport van alle aangesloten partijen zoveel mogelijk kan worden gegarandeerd. Alleen in het geval de middelen welke zijn opgenomen in de regeling in het bestreden besluit geen uitkomst bieden, is het de netbeheerder toegestaan een (tijdelijk) transportverbod op te leggen. Het eventueel afschakelen van reeds aangeslotenen in geval van overbelasting van het net wordt door middel van de regeling in het bestreden besluit beperkt tot een minimum. Van het permanent en volledig afschakelen van reeds aangeslotenen kan nimmer sprake zijn.

¹⁵ *Kamerstukken II, 2008-2009, 29 023, nr. 70, p. 27.*

78. Bovendien brengt de aard van de regeling in het bestreden besluit, zoals de Raad reeds in randnummer 57 heeft overwogen, met zich mee dat een producent die niet op vrijwillige basis tot terugregeling van de ter transport aangeboden hoeveelheid elektriciteit wil overgaan, slechts bij hoge uitzondering geconfronteerd zal worden met transportbeperkingen als gevolg van de regeling in het bestreden besluit. Overigens zal een weigering van transport niet gelden voor een totale transportaanvraag. In de meeste gevallen betreft het een gedeeltelijke beperking van het verlangde transport.¹⁶
79. Gelet op het vorenstaande treft het oordeel van bezwaarmakers dat de regeling in het bestreden besluit in strijd is met artikel 24, tweede lid, van de E-wet geen doel. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard.

Strijd artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet

80. De Raad overweegt met betrekking tot hetgeen bezwaarmakers hebben aangevoerd voor wat betreft de strijdigheid van de regeling in het bestreden besluit met artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet als volgt.
81. Artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet bepaalt dat iedere afnemer recht heeft te worden aangesloten op het dichtstbijzijnde punt in het net met een bij zijn aansluiting behorend spanningsniveau, met dien verstande dat een afnemer die een aansluiting op het net wenst met een aansluitwaarde groter dan 10 MVA, wordt aangesloten op het dichtstbijzijnde punt in het net waar voldoende netcapaciteit beschikbaar is. Dit recht dient derhalve in ieder geval te zijn opgenomen in de tariefstructuren.
82. Een aanvrager van een aansluiting tot 10 MVA heeft recht op een aansluiting op het dichtstbijzijnde punt in het net, niet daar waar (direct) transportcapaciteit beschikbaar is. Daarmee heeft artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet voor aansluitingen tot 10 MVA betrekking op de aansluiting (en de kosten daarvan) en niet op de transportdienst. Daar de regeling van het bestreden besluit uitsluitend betrekking heeft op het aanbieden van transport van elektriciteit, kan deze niet strijdig zijn met een wettelijke bepaling die, voor zover het betreft een aansluiting tot 10 MVA, uitsluitend betrekking heeft op de aansluiting. Het is immers mogelijk een aansluiting te realiseren zonder daarmee transport te verrichten.
83. In geval van een aanvraag voor een aansluiting groter dan 10 MVA rust er op de netbeheerder geen verplichting, anders dan in geval van een aanvraag tot 10 MVA, om

¹⁶ *Kamerstukken II, 2003-2004, 29 372, nr. 10, p. 71.*

de aanvrager aan te sluiten op het dichtstbijzijnde punt in het net met een bij zijn aansluiting behorend spanningsniveau. Voor aansluitingen groter dan 10 MVA geldt een recht op een aansluiting op het dichtstbijzijnde punt in het net waar de netbeheerder voldoende capaciteit tot zijn beschikking heeft.

84. Volgens bezwaarmakers maakt artikel 4.2.5.3 van de Netcode het mogelijk dat een netbeheerder een afnemer aansluit op een punt waar geen (enkele) transportcapaciteit beschikbaar is. Dit is volgens bezwaarmakers in strijd met artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet. De Raad volgt dit betoog niet. De regeling in het bestreden besluit geeft de netbeheerder immers de mogelijkheid maatregelen te treffen om voldoende capaciteit tot zijn beschikking te hebben, zodat nieuwe afnemers conform artikel 27, tweede lid, van de E-wet kunnen worden aangesloten.
85. Het gewijzigd vastgestelde artikel 4.2.5.3 van de Netcode bepaalt dat een netbeheerder congestiemaatregelen toepast voordat de totale gevraagde transportcapaciteit van een afnemer door middel van netinvesteringen beschikbaar gesteld kan worden. Zoals reeds door de Raad overwogen in randnummer 56 komt de regeling in het bestreden besluit er in essentie op neer dat in geval van congestie terugregeling door de producent van de hoeveelheid ter transport aangeboden elektriciteit plaatsvindt. Slechts in uitzonderingsgevallen zal door het systeem van de biedingen onvoldoende transportcapaciteit voor de netbeheerder beschikbaar zijn, waardoor ingevolge artikel 4.2.5.14 van de Netcode een verplichting ontstaat om door middel van een bieding transportvermogen ter beschikking te stellen. Deze congestiemaatregelen zorgen er derhalve voor dat de netbeheerder voldoende capaciteit tot zijn beschikking heeft om nieuwe afnemers te kunnen aansluiten. De hiervoor genoemde congestiemaatregelen zorgen er daarmee juist voor dat de netbeheerder conform haar wettelijke taken kan handelen.¹⁷
86. Voorts wijst de Raad erop dat ingevolge artikel 4.2.5.3 van de Netcode de toepassing van congestiemanagement uitsluitend dient ter overbrugging van de periode die resteert tot het moment waarop het (de) net(ten) zodanig verzwaaard, gewijzigd of uitgebreid is (zijn) dat het gevraagde transport volledig beschikbaar gesteld kan worden. De netbeheerder dient derhalve door middel van het plegen van investeringen in de netten de capaciteit te vergroten. Toepassing van de regeling van het bestreden besluit is derhalve een tijdelijke maatregel.

¹⁷ In gelijke zin: het besluit in zaak 103370 (Eemsmond/TenneT).

87. Gelet op het vorenstaande treft het oordeel van bezwaarmakers dat de regeling in het bestreden besluit in strijd is met artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet geen doel. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard.
88. Voorts constateert de Raad met de bezwaarmakers en Netbeheer Nederland ter zitting dat de hierboven genoemde bezwaargrond feitelijk neer komt op het bezwaar tegen het ontbreken van criteria voor het bepalen van 'onvoldoende netcapaciteit' als bedoeld in artikel 27, tweede lid, van de E-wet. De Raad verwijst ten aanzien van deze bezwaargrond naar de randnummers 96 t/m 127 voor wat betreft zijn oordeel tot het instellen van een plafond voor het aansluiten van nieuwe producenten.

VI. 3 Administratieve lasten

89. PAWEX en Cogen betogen dat het bestreden besluit door invoering van artikel 5.1.1.4a van de Netcode resulteert in aanzienlijke administratieve lasten voor afnemers buiten een congestiegebied.
90. De Raad kan dit betoog niet volgen en overweegt dienaangaande primair het volgende. De Raad stelt ten eerste vast dat artikel 5.1.1.1 van de Netcode, met tussenkomst van het bestreden besluit, materieel ongewijzigd in stand blijft. Deze bepaling verplicht alle aangeslotenen groter dan 2 Mw om dagelijks transportprognoses in te dienen. Het gewijzigd vastgestelde artikel 5.1.1.4a van de Netcode verplicht *alle* afnemers met een transportvermogen van meer dan 60 Mw eventuele wijzigingen van meer dan 3 Mw direct nadat die bekend zijn, derhalve na indiening van de transportprognoses, in te dienen bij de netbeheerder. Deze verplichting geldt tevens voor afnemers met een transportvermogen van 3 Mw tot 60 Mw die zich bevinden binnen een congestiegebied.
91. Het gewijzigde vastgestelde artikel 5.1.1.4a van de Netcode is toegevoegd om de administratieve lasten van afnemers en het onnodig doorgeven van wijzigingen te beperken. Verder geeft het gewijzigde vastgestelde artikel 5.1.1.4a invulling aan het 'tijdig' aanleveren van wijzigingen als bedoeld in het (ongewijzigde) artikel 5.1.1.4 van de Netcode. Artikel 5.1.14a van de Netcode nuanceert daarmee de in artikel 5.1.1.1 van de Netcode opgenomen verplichting om transportprognoses en de wijzigingen daarop in te dienen voor afnemers binnen een congestiegebied. De verplichting om wijzigingen door te geven voor afnemers met een transportvermogen van 3 Mw tot 60 Mw die zich binnen een congestiegebied bevinden wordt door middel van het gewijzigde vastgestelde artikel 5.1.14a van de Netcode verscherpt.

92. De Raad ziet derhalve niet in op welke wijze het bestreden besluit een extra administratieve last voor afnemers buiten dan wel binnen een congestiegebied met zich mee zou brengen. Het nuanceren van de reeds bestaande verplichting door middel van het gewijzigde vastgestelde artikel 5.1.1.4a van de Netcode valt niet te beschouwen als een verhoogde of uitgebreide administratieve last maar het opnieuw benadrukken van de in artikel 5.1.1.1 van de Netcode opgenomen bestaande verplichting voor het indienen van transportprognoses. Dit vindt steun in de doelstellingen van de wetgever in het kader van de Wet Voorrang voor duurzaam¹⁸ alsmede in de toelichting op de Ministeriële regeling.
93. Dat in de praktijk de verplichting tot het indienen van transportprognoses niet altijd wordt nageleefd, doet niet af aan de op de afnemers rustende verplichting ingevolge 5.1.1.1 van de Netcode transportprognoses, en wijzingen daarop, bij de netbeheerder in te dienen.
94. Voorts overweegt de Raad subsidiair het volgende. De Raad beschikt over een discretionaire bevoegdheid voor het (gewijzigd) vaststellen van de Netcode ingevolge artikel 36, eerste lid, van de E-wet.¹⁹ Dit betekent dat ingevolge artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht een zorgvuldige belangenafweging dient plaats te vinden waarbij alle bij het te nemen besluit betrokken belangen worden afgewogen. De Raad is van oordeel dat een eventuele toename van de administratieve lasten in redelijkheid niet zwaarder kan wegen dan de met het besluit te dienen doelen, te weten het voorkomen van potentiële transportbeperkingen, die zouden kunnen optreden door de snelle en omvangrijke toename van de productiecapaciteit. De Raad concludeert daarmee dat het bestreden besluit gebaseerd is op een zorgvuldige en evenredige belangenafweging.
95. De Raad concludeert dat geen sprake is van een zodanige toename van de administratieve lasten, dat het bestreden besluit getuigt van een onevenredige belangenafweging. Gelet op het vorenstaande dient dit bezwaar ongegrond te worden verklaard.

VI.4 Voorstel van bezwaarmakers voor een 'plafond' in de regeling

¹⁸ Zo onderstreept de wetgever dat: *“voor alle aangeslotenen groter dan 2 MW reeds de verplichting geldt om dagelijks prognoses in te dienen. Er is dus geen sprake van een sterk verhoogde of uitgebreide verplichting”, Kamerstukken I, 2008 - 2009, 29 203, nr. 70, p. 38.*

¹⁹ Zie bijv. CBb, 11 februari 2005, *LJV*: AS7083, r.o. 6.4.

96. De Raad overweegt met betrekking tot het voorstel van PAWEX en VEMW, alsmede de schriftelijke reactie van Netbeheer Nederland daarop, als volgt.

Wettelijke grondslag voor het instellen van een plafond

97. Netbeheer Nederland geeft in de reactie op het voorstel van bezwaarmakers als principieel bezwaar aan dat het aanbrengen van een plafond en politieke keuze is en zijn grondslag zal moeten vinden in de (nog op te stellen) AMvB 'Voorrang voor duurzaam' of bij wet moet worden bepaald.
98. Naar het oordeel van de Raad zou dit slechts het geval zijn wanneer de wetgever in de Wet 'Voorrang voor duurzaam', de regering in de AMvB 'Voorrang voor duurzaam' dan wel de minister in een ministeriële regeling uitdrukkelijk een andere keuze zouden hebben gemaakt door ofwel zelf in de materie te voorzien ofwel expliciet aan te geven een 'plafond' als bedoeld in het voorstel van bezwaarmakers niet wenselijk te vinden.
99. De Raad merkt op dat in de Wet 'Voorrang voor duurzaam' geen keuze als in het vorige randnummer bedoeld is gemaakt.²⁰ Ook in de AMvB 'Voorrang voor duurzaam' zal blijkens het ontwerp dat aan de Tweede Kamer is gestuurd²¹ een dergelijke keuze niet worden gemaakt.
100. Ook de Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit staat aan het opnemen van een zodanig 'plafond' in de regeling van het bestreden besluit niet in de weg.
101. Het voorstel van bezwaarmakers omvat een regeling die behoort tot de onderwerpen waarvoor op basis van de artikelen 31 en 36 regels kunnen worden gesteld, zodat in beginsel, behoudens de verenigbaarheid van het voorstel met de E-wet en overige

²⁰ De parlementaire geschiedenis wijst eerder in een andere richting. Zo merkt de minister in het kader van de Wet Voorrang voor duurzaam het volgende op: " *Met uw Kamer heb ik dit voorjaar uitgebreid gediscussieerd over de wijziging van de Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit in verband met betere benutting van de netcapaciteit [...]. Deze regeling stelt de netbeheerders in staat hun net optimaal te benutten, omdat zij niet langer uit hoeven te gaan van de theoretische maximum belasting van hun net (de belasting bij gelijktijdige maximum productie van alle producenten en een minimale vraag). De nadere uitwerking van deze regeling vindt plaats in de Netcode.*" (Zie: Kamerstukken II, 2009-2010, 31 904, nr. 12, p. 33)

²¹ Kamerstukken II, 2010 – 2011, 32774, nr. 1.

relevante regelgeving, een wettelijke grondslag bestaat voor het opnemen van het voorstel in de in de artikelen 31 en 36 E-wet bedoelde regels.

102. De Raad concludeert dat deze zienswijze van Netbeheer Nederland geen doel treft.

Materiële beoordeling van het voorstel

103. De Raad zal hierna beoordelen of het voorstel verenigbaar is met de E-wet en het met het bestreden besluit beoogde doel.

Het voorstel

104. Het voorstel strekt ertoe congestie, alsmede de toepassing van de in het bestreden besluit voorziene maatregelen daartegen, te voorkomen. De Raad verstaat het voorstel aldus dat voor nieuwe aansluitingen de beschikbare netcapaciteit als bedoeld in artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet wordt berekend door uit te gaan van de technisch beschikbare netcapaciteit na aftrek van de gemiddelde netbelasting én de door de netbeheerder als reservecapaciteit aan te houden netcapaciteit. In het geval de uit de hiervoor berekende beschikbare netcapaciteit volgt dat onvoldoende capaciteit beschikbaar is, dient een verzoek om een aansluiting, zo verstaat de Raad het voorstel, op basis van artikel 27, tweede lid, onderdeel d, van de E-wet te worden geweigerd.

105. In het voorstel wordt de gemiddelde belasting als volgt bepaald. De netbelasting op een bepaald netdeel volgt een patroon dat varieert tussen bepaalde minimum en maximum meetwaarden. Uit dit patroon valt af te leiden in hoeveel van de uren van de gemeten periode een relatief hoge belasting voorkomt en in hoeveel uren een relatief lage. Op basis hiervan kan de netbeheerder, zo verstaat de Raad het voorstel, de gemiddelde netbelasting bepalen.

106. Door bij de bepaling van de beschikbare transportcapaciteit uit te gaan van de gemiddelde belasting zal, zo verstaat de Raad het voorstel, de netbeheerder in theorie per saldo meer netcapaciteit ter beschikking kunnen stellen dan in het geval waarin wordt uitgegaan van de maximaal voorkomende belasting.

107. Het voorstel betekent in essentie dat bij het bepalen van de beschikbare capaciteit op een bepaald punt in het net niet wordt uitgegaan van de maximale belastingwaarden als bovengrens maar van een lager gelegen bovengrens die aan de hand van de gemiddelde netbelasting wordt bepaald. Daarmee wordt een kwantitatief vastgelegde bovengrens gesteld op basis waarvan nieuwe aanvragen om toegang en transport zouden moeten worden geweigerd. Dit in tegenstelling tot de regeling van het bestreden besluit die geen bovengrens stelt maar de mogelijkheid om nieuwe

aanvragers aan te sluiten en van transport te voorzien overlaat aan de beoordeling van de netbeheerder.

108. Alhoewel de Raad het uitgangspunt dat congestie zo veel mogelijk moet worden voorkomen kan onderschrijven, ziet de Raad een aantal juridische en principiële bezwaren met betrekking tot dit voorstel.

Weigeren van een aansluiting

109. De Raad merkt als eerste op dat het voorstel uitgaat van het weigeren van een aansluiting in het geval onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is. Artikel 23 E-wet biedt echter geen mogelijkheid om een aansluiting te weigeren. De verplichting van artikel 23 E-wet kan niet afhankelijk van voorwaarden, zoals de beschikbaarheid van transportcapaciteit, worden gemaakt. Het voorstel is in zoverre dan ook in strijd met artikel 23 E-wet. Ook op basis van artikel 24, tweede lid, van de E-wet kan geen aansluiting worden geweigerd. Op grond van deze bepaling bestaat slechts de mogelijkheid om bij onvoldoende capaciteit het transport te weigeren en niet de aansluiting.
110. Ook artikel 27, tweede lid, aanhef en onder d, E-wet biedt een zodanige mogelijkheid niet. Deze bepaling moet gelezen worden in het licht van de aanhef van het tweede lid van artikel 27 E-wet, waarin is bepaald dat in de tariefstructuren in ieder geval de daarna genoemde elementen moeten worden opgenomen. Artikel 27 biedt derhalve slechts een grondslag voor het tarief, dat een afnemer, die een aansluiting groter dan 10 MVA wenst, moet betalen voor zijn aansluiting, en bepaalt niet per definitie de wijze van aansluiting.²² Dit geldt evenzeer voor aansluitingen onder 10 MVA. Voor aansluitingen boven 10 MVA wijst artikel 27, tweede lid, aanhef en onder d, E-wet aan waar voor de berekening van het tarief het aansluitpunt is gelegen en biedt, gelezen in samenhang met artikel 23 E-wet, geen grondslag voor het weigeren van een aansluiting. Het voorstel is in zoverre derhalve niet in overeenstemming met artikel 27, tweede lid, E-wet.

Weigeren van transport

111. Artikel 24, tweede lid, van de E-wet biedt de mogelijkheid om het transport te weigeren voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Zoals de Raad eerder heeft aangegeven in het besluit in zaak 103370 (Eemsmond/TenneT) dient de weigeringsgrond van artikel 24, tweede lid, van de E-wet restrictief te worden uitgelegd, nu het verrichten van transport een kerntaak van de netbeheerder is.

²² Kamerstukken II, 2008 - 2009, 29 023, nr. 70, p. 25.

112. In de toelichting van de Minister in de MR wordt dit nogmaals onderstreept. In deze toelichting overweegt de Minister " *Netbeheerders zijn wettelijk verplicht (artikel 23 en 24 van de Elektriciteitswet 1998) om iedere nieuwe afnemer (eindgebruiker of producent) aan te sluiten op het elektriciteitsnet en om – voor zover redelijkerwijs mogelijk – alle (aangeboden en gevraagde) elektriciteit te transporteren.*" Ook in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wet Voorrang Voor Duurzaam merkt de Minister op " *dit wetsvoorstel biedt alle nieuwe producenten toegang tot het net en de markt (...).*"²³
113. Voor de benutting van elektriciteitsnetten geldt dat deze niet steeds gelijk is maar op verschillende momenten op de dag fluctueert. De benutting kent pieken, waarin mogelijk congestie ontstaat, en dalen waarin nog capaciteit beschikbaar is om aan de transportvraag op dat moment te kunnen voldoen. Dat betekent dat, met toepassing van congestiemanagement in de uren dat congestie ontstaat, nieuwe aanvragen om transport kunnen worden gehonoreerd. Dit leidt tot een betere benutting van de capaciteit van het transportnet. Zouden immers vanwege congestie in de piekuren aanvragen om transport worden geweigerd, dan zou dat er toe leiden dat de capaciteit die in de daluren wel beschikbaar is, onbenut zou blijven.
114. Dit betekent dat ook bij toepassing van congestiemanagement capaciteit aanwezig is op het net die benut kan worden, te weten de hiervoor genoemde capaciteit in de niet piekuren. Het weigeren van transport, terwijl door toepassing van congestiemanagement die capaciteit wel kan worden benut, leidt daarom naar het oordeel van de Raad tot een weigering die niet in overeenstemming is met artikel 24, tweede lid, E-wet. Waar het voorstel van bezwaarmakers uitgaat van een zodanige weigering is het voorstel derhalve niet in overeenstemming met artikel 24, tweede lid, E-wet.

Komend recht: artikel 24a van de Wet Voorrang voor duurzaam

115. Bovendien verhoudt het plafond zich op dit onderdeel niet met artikel 24a (nieuw) van de E-wet in het kader van Wet Voorrang voor Duurzaam. Met de introductie van artikel 24a van de E-wet wordt immers de toegang van duurzame elektriciteit tot het net nadrukkelijk gewaarborgd. Het voorstel voor een plafond kan ertoe leiden dat de toegang tot het net óók voor producenten van hernieuwbare energiebronnen niet steeds gegarandeerd kan worden.

De belangen van artikel 36 E-wet

²³ Kamerstukken II, 2009 - 2010, 31 904, nr 5 , p. 74.

116. Tevens acht de Raad het voorstel in strijd met de belangen als genoemd in artikel 36 E-wet en het doel van de regeling daar het voorstel tot een plafond de toegang tot het net inperkt. Daartoe stelt de Raad, in aansluiting op hetgeen hiervoor is overwogen, het volgende.
117. In het huidige systeem wordt uitgegaan van de maximale netbelasting op basis waarvan netbeheerders bepalen of in de bedrijfsvoering congestiemaatregelen nodig zijn. In dit systeem bestaat geen absolute grens waarboven de netbeheerder een aanvraag voor transportcapaciteit kan afwijzen. Het is aan de netbeheerder om, binnen de grenzen die de wet stelt met betrekking tot de betrouwbaarheid en veiligheid van het netbeheer, te bepalen of aan een nieuwe aanvraag kan worden voldaan. Met een efficiënter gebruik van het net door middel van congestiemaatregelen kan de toegang tot het net beter worden gegarandeerd.
118. Het voorstel heeft, zoals in het voorgaande uiteen gezet, tot gevolg dat de netbeheerder potentiële aangeslotenen eerder de toegang tot het net onthoudt. De netbeheerder ziet zich immers vanwege het kwantitatieve karakter van dit plafond eerder genoodzaakt een verzoek om een aansluiting te weigeren om zo deze grens niet te overschrijden. Dit leidt tot een minder doelmatige elektriciteitsvoorziening, leidt niet tot bevordering van het handelsverkeer, bevordert het doelmatig handelen van afnemers niet, terwijl ook het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders daarmee niet is gediend. De Raad is van oordeel dat het voorstel van bezwaarmakers voor een plafond daarmee op gespannen voet staat met de belangen als genoemd in artikel 36, eerste lid, E-wet.

De doelstelling van de regeling van bestreden besluit

119. Voorts acht de Raad het voorstel op dit onderdeel in strijd met het oogmerk van de regeling. Netbeheerders kunnen door middel van een efficiëntere inzet van de capaciteit, met gebruik van congestiemanagement, zo veel mogelijk transport voor alle (potentiële) aangeslotenen garanderen. De regeling bevat mogelijkheden om alle partijen toegang tot het net te verlenen, totdat het punt is bereikt waarop het net ook met inzet van de beschikbare middelen in de bedrijfsvoering niet meer aan de gestelde eisen voldoet. Het instellen van een plafond beperkt de mogelijkheden van netbeheerder om afhankelijk van de situatie de benodigde maatregelen toe te passen, zodat kan worden voldaan aan de aansluit- en transportverplichtingen van de netbeheerder. Het voorstel van bezwaarmakers leidt daarmee juist niet tot een betere benutting van de netcapaciteit omdat het een algemeen geformuleerde kwantitatieve grens stelt op basis van een huidige (of historische) situatie zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met specifieke situaties of in te zetten middelen.

Het plafond ontnemt een prikkel voor de netbeheerder

120. Tenslotte resulteert het voorstel voor een plafond naar het oordeel van de Raad tot het ontnemen van een prikkel voor de netbeheerder om tijdig te investeren in zijn net om zo nieuwe partijen toegang tot het net te verlenen. Naar het oordeel van de Raad dient de regeling een prikkel voor netbeheerders te bevatten die de netbeheerder in staat stelt een optimale afweging te maken tussen enerzijds investeren in het net en anderzijds het nemen van congestiemaatregelen waarbij de toegang tot het net voor alle afnemers, voor zover mogelijk binnen de grenzen van betrouwbaarheid en veiligheid van het netbeheer, wordt gegarandeerd. Daartoe overweegt de Raad als volgt.
121. De Raad merkt op dat de noodzaak voor een prikkel voor de netbeheerder om te investeren in de uitbreiding en onderhoud van haar netwerk én nieuwe producenten aan te sluiten, direct volgt uit haar wettelijke taken als bedoeld in artikel 16, eerste lid, onderdelen c en e, van de E-wet.²⁴
122. De netbeheerder is bij het instellen van een plafond – dat uitgaat van historische meetwaarden – gehouden aan vooraf aan de hand van de gemiddelde netbelasting vastgestelde grenzen bij het bepalen van de beschikbare capaciteit met betrekking tot het (beoogde) punt van een aansluiting. Dit leidt ertoe dat de netbeheerder geen prikkel heeft om door middel van een efficiëntere inzet van de capaciteit, met gebruik van eventuele congestiemaatregelen, voor zover mogelijk de toegang tot het net voor alle afnemers te garanderen.
123. Voorts heeft de netbeheerder de taak om congestie te voorkomen, of indien dat niet mogelijk is, congestie structureel op te lossen. Dit geschiedt primair door de netten te verzwaren en uit te breiden. Congestie doet zich niet voor indien de uitbreiding van transportcapaciteit tijdig gerealiseerd kan worden. Dit betekent dat de netbeheerder tijdig en voldoende in zijn netwerk investeert voordat congestiemaatregelen moeten worden genomen. Daartoe biedt de regeling in het bestreden besluit een prikkel door enerzijds investeren in het net en anderzijds het gebruik van congestiemaatregelen, om (nieuwe) beschikbare capaciteit beschikbaar te stellen, in artikel 4.2.5.1. van de Netcode met elkaar te koppelen.
124. Op basis van artikel 4.2.5.1 van de Netcode wordt de mate waarin transportcapaciteit door middel van congestiemaatregelen beschikbaar wordt gesteld beperkt indien de netbeheerder ingevolge artikel 16, eerste lid, onderdeel b, van de E-wet de veiligheid en betrouwbaarheid van de netten en van het transport van elektriciteit over de netten

²⁴ Zie in dit verband *Kamerstukken II, 2009 – 2010*, 31 904, nr. 12, p. 38.

(niet) op de meest doelmatige wijze (kan) waarborgen.²⁵ De Raad meent dat in geval er congestie dreigt te ontstaan, bij een keuzemogelijkheid van de netbeheerder tussen een structurele oplossing door middel van investeringen of een incidentele oplossing door middel van congestiemaatregelen, in beginsel de meest doelmatige oplossing dient te prevaleren.

125. De omvang en mate waarin congestie kan ontstaan en de oplossingen die daar voor worden aangewend – investeringen al dan niet voorafgegaan door congestiemanagement – worden aan het oordeel van de netbeheerders overgelaten. Door het instellen van een plafond worden het investeren in het net en het nemen van congestiemaatregelen onnodig van elkaar gescheiden wat de pro-activiteit van netbeheerders niet bevordert en dus tot meer netdelen met onmogelijkheid tot aansluiten kan leiden. De Raad is van oordeel dat het voorstel tot een plafond een prikkel ontnemt met betrekking tot de afweging van de netbeheerder om te kiezen voor de meest effectieve en doelmatige oplossing.

Conclusie

126. Gelet op het vorenstaande concludeert de Raad als volgt. Het voorstel van bezwaarmakers verdraagt zich niet met de artikelen 23, 24 en 27 van de E-wet. Voorts verdraagt het zich niet met het komend artikel 24a van de Wet Voorrang voor duurzaam. Naar het oordeel van de Raad verdraagt het voorstel zich verder niet met de belangen als genoemd in artikel 36, eerste lid, E-wet. Tenslotte leidt het niet tot het tijdig en doelmatig benutten van netcapaciteit en het investeren in nieuwe netcapaciteit, wat met de regeling van het bestreden besluit juist wordt beoogd. Het voorstel komt derhalve in onvoldoende mate tegemoet aan de doelstellingen van de regeling die als oogmerk heeft om de middelen van de netbeheerder zodanig te versterken dat bestaande transportcapaciteit optimaal benut wordt en eventuele optredende congestie tijdig en efficiënt beheerd kan worden.²⁶

Eindoordeel

127. Gelet op het voorgaande ziet de Raad geen mogelijkheid om het voorstel over te nemen. Daarmee geeft dit voorstel naar het oordeel van de Raad geen aanleiding tot wijziging van de Netcode.

²⁵ Dit artikel sluit overigens aan bij het amendement nummer 59 in het kader van de Wet Voorrang voor Duurzaam. Zie: *Kamerstukken II, 2009 – 2010*, 31 904, nr. 59, p. 1-2.

²⁶ *Kamerstukken II, 2008-2009*, 29 023, nr. 70, p. 27.

VII Conclusie

128. Uit het vorenstaande volgt dat de bezwaren van VEMW, PAWEX, en Cogen ongegrond dienen te worden verklaard. Voorts ziet de Raad geen reden om de Netcode aan te passen naar aanleiding van het voorstel van VEMW en PAWEX. De Raad is daarmee van oordeel dat de regeling van het bestreden besluit geen wijziging behoeft.

129. Daar het bestreden besluit niet wordt herroepen bestaan geen termen voor een vergoeding van de proceskosten.

VIII Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

- I. verklaart het bezwaar van Vereniging Energie, Milieu en Water, de belangenbehartiger voor Particuliere Windturbine Exploitanten en de Vereniging Cogen Nederland tegen het besluit van 15 juli 2010, kenmerk 103388/12 ongegrond;
- II. besluit het voorstel van bezwaarmakers, zoals verwoord in de brief van 30 december 2010 niet over te nemen;
- III. het bestreden besluit te handhaven, en
- IV. wijst het door bezwaarmakers ingediende verzoek om vergoeding van de gemaakte kosten in deze bezwaarprocedure ex artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, af.

Den Haag, 27 mei 2011

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

w.g.
Henk Don
Plv. voorzitter Raad van Bestuur

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.