

No.W10.10.0280/III

's-Gravenhage, 27 september 2010

Bij brief van 2 juli 2010, kenmerk WJZ/10097749, heeft de Minister van Economische Zaken op de voet van artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State,<sup>1</sup> afdeling III van de Raad van State verzocht om voorlichting inzake kostentoedeling congestiemanagement op grond van artikel 24a Elektriciteitswet 1998.

Het verzoek betreft de verenigbaarheid met het Europese recht van het systeem van kostentoedeling bij het toepassen van congestiemanagement op grond van artikel 24a Elektriciteitswet 1998, zoals dat wordt voorgesteld in het wetsvoorstel 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 (hierna: het wetsvoorstel).<sup>2</sup>

Gelet op het debat in de Tweede en Eerste Kamer der Staten-Generaal over de vraag naar de verenigbaarheid van het voorgestelde kostentoedelingsstelsel met het Europese recht is deze vraag op verzoek van de Eerste Kamer door de Minister van Economische Zaken voorgelegd aan afdeling III van de Raad van State.<sup>3</sup>

Naar aanleiding van het verzoek om voorlichting merkt de Afdeling advisering van de Raad van State het volgende op.

#### 1. Congestie en congestiemanagement

In de afgelopen jaren zijn de investeringen in de energie-infrastructuur achtergebleven bij de overige ontwikkelingen in de energieproductiesector. Daarnaast nemen grensoverschrijdende elektriciteitsstromen toe als gevolg van marktintegratie en is daarvoor extra interconnectiecapaciteit nodig. Een en ander leidt thans in Nederland tot congestie op de elektriciteitsinfrastructuur als gevolg van onvoldoende transportcapaciteit.<sup>4</sup>

##### *"Bestaande" regime van congestiemanagement*

Het is de taak van de netbeheerder om te zorgen voor voldoende (en betrouwbare) transportcapaciteit, en om de elektriciteitsstromen op het systeem te beheren.<sup>5</sup>

Ingevolge de artikelen 23 en 24 van de Elektriciteitswet 1998 geldt voor de netbeheerders een "aansluitplicht" en een "transportplicht". Dat wil zeggen dat netbeheerder TenneT gehouden is nieuwe centrales aan te sluiten en door die centrales geproduceerde energie te transporteren. Voor het transport van elektriciteit geldt evenwel dat capaciteitsproblemen (congestie) in voorkomend geval tot weigering

<sup>1</sup> Thans artikel 17, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

<sup>2</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, A.

<sup>3</sup> Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum kent de Raad van State - naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak - een Afdeling advisering. Gelet op de onmiddellijke werking van genoemde wet, worden verzoeken om voorlichting aan een afdeling van de Raad van State van vóór 1 september 2010 na die datum afgedaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 904, nr. 3, blz. 13-14 en Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 7, blz. 50.

<sup>5</sup> Zie artikel 12, onder c, van de derde elektriciteitsrichtlijn (richtlijn nr. 2009/72/EG).

van transport kunnen leiden. Onder een eerder regime was het gevolg van voorziene congestie bij de uitbreiding van productiecapaciteit, dat moest worden gewacht met de aansluiting op het net tot de bijpassende uitbreiding van de transportcapaciteit door TenneT had plaatsgehad. Er ontstond dan voor nieuwe producenten een wachtlijst.

Om aan deze problematiek tegemoet te komen, zijn vormen van congestiemanagement ontwikkeld. Bij congestiemanagement vindt vermindering van stroomproductie plaats binnen het gebied waar de congestie optreedt (congestiegebied)<sup>6</sup>; in dit geval is sprake van het afregelen van productiecapaciteit. Om toch aan de gecontracteerde vraag<sup>7</sup> te kunnen voldoen, moet elders, buiten het congestiegebied<sup>8</sup>, de productie worden opgevoerd (opregelen van productiecapaciteit).

In eerste instantie is door TenneT, op basis van de bestaande wetgeving, een stelsel ontwikkeld waarbij congestie werd bestreden door middel van zogenoemde "run-back clauses" in de aansluitcontracten tussen de nieuwe producent en TenneT. Nieuwe toetreders zouden in die benadering toegang tot het net krijgen ondanks de achterblijvende transportcapaciteit. Bij congestie zouden deze nieuwe toetreders gehouden zijn op vordering van TenneT hun productie te beperken of zelfs stil te leggen. Om deze methode van congestiemanagement mogelijk te maken, was een ontheffing van de Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) nodig op basis van artikel 37a van de Elektriciteitswet 1998. De NMa heeft een recent ontheffingsverzoek op basis van artikel 37a van de Elektriciteitswet 1998 echter afgewezen.<sup>9</sup>

De NMa kwam tot dat besluit onder verwijzing naar het stelsel van congestiemanagement zoals neergelegd in de Netcode (paragraaf 5.1).<sup>10</sup> Daarin is een stelsel van congestiemanagement op basis van een biedsysteem geregeld. Congestiemanagement door middel van een biedsysteem is een nieuwe, meer op marktmechanismen gebaseerde methode om in geval van schaarste de beschikbare transportcapaciteit van het elektriciteitsnet te verdelen over de elektriciteitsproducenten. Producenten binnen het congestiegebied bieden een bepaald bedrag dat zij bereid zijn te betalen voor het afregelen van productiecapaciteit<sup>11</sup>, producenten buiten het congestiegebied bieden een bedrag dat zij wensen te ontvangen voor het opregelen van hun productiecapaciteit.

Het door de producenten geboden bedrag voor af te regelen productiecapaciteit binnen het congestiegebied dekt niet altijd de kosten voor het opregelen van vermogen buiten het congestiegebied. Eventuele kosten die het stelsel aldus met zich brengt, worden thans nog gedragen door de netbeheerder en vervolgens doorberekend aan de afnemers<sup>12</sup> (socialisatie van de kosten).

<sup>6</sup> Het congestiegebied is de regio waar productiecapaciteit en transportcapaciteit structureel niet in evenwicht zijn. Bij besluit van de netbeheerder wordt een congestiegebied aangewezen.

<sup>7</sup> Er bestaat immers een leveringsovereenkomst tussen een producent en een afnemer.

<sup>8</sup> Dit kan zowel "de rest van Nederland" alsook het buitenland zijn. Er kan immers ook energie worden geïmporteerd ter dekking van afgeregelde productie binnen het congestiegebied.

<sup>9</sup> Besluit nr. 102690/87 van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 20 mei 2009 (ontheffingsaanvraag TenneT Maasvlakte), later bevestigd bij besluit nr. 103370/40 van 16 april 2010 (Eemsmond Energie – TenneT).

<sup>10</sup> De Netcode is op basis van de Elektriciteitswet 1998 opgesteld door de energiekamer van de NMa en bevat voorwaarden voor de gedragingen van netbeheerders en afnemers voor het in werking hebben van de netten, het voorzien van een aansluiting op het net ([aansluitdienst](#)), het uitvoeren van het transport van elektriciteit over het net ([transportdienst](#)) en buitenlandtransporten. Dit stelsel wordt blijkens het tweede besluit van de NMa aangepast teneinde aan bezwaren van TenneT tegemoet te komen.

<sup>11</sup> Producenten zijn bereid om te betalen omdat zij kosten voor de productie van energie niet behoeven te maken, hun leveringsovereenkomst met afnemers wordt daarentegen wel uitgevoerd.

<sup>12</sup> In de parlementaire stukken wordt tevens gesproken van eindgebruikers.

### *Voorgestelde artikel 24a van de Elektriciteitswet 1998*

In het wetsvoorstel is ook gekozen voor een biedstelsel.

Ingevolge artikel 24a vindt congestiemanagement plaats aan de hand van een rangorderegeling: eerst moeten producenten van grijze stroom binnen het congestiegebied bieden op de af te regelen productie; indien er vervolgens congestie resteert, dienen warmtekracht-koppeling (WKK) producenten te bieden op afregeling; resteert nog steeds congestie dan dient "groen regelbaar" (100% biomassa) te bieden en ten slotte "groen niet-regelbaar" (wind/zonne-energie).<sup>13</sup>

In het onderhavige wetsvoorstel is er aldus in voorzien dat, vanwege het uitgangspunt "voorrang voor duurzaam" duurzame elektriciteitsproducenten in beginsel niet worden onderworpen aan de gevolgen van congestiemanagement binnen het congestiegebied (i.e. zij hoeven niet af te regelen zolang met het afregelen door grijze producenten de congestie kan worden opgelost).

Ook het bepalen van de op te regelen productie geschiedt op basis van een veiling. Producenten buiten het congestiegebied bieden een bedrag dat zij willen ontvangen voor het opregelen van hun productiecapaciteit. Voor het opregelen buiten het congestiegebied kunnen alle energieproducenten (groen en grijs, binnenlands en buitenlands) meebieden.

Uit het voorgestelde artikel 24a volgt dat het grootste deel<sup>14</sup> van de kosten voor het congestiemanagement in rekening wordt gebracht bij de grijze producenten binnen het gebied waarop het congestiemanagement van toepassing is. Deze kosten worden dus niet, zoals de overige kosten ten aanzien van het netbeheer (en de kosten uit hoofde van het functioneren van stelsel van congestiemanagement zelf), gesocialiseerd, noch worden zij omgeslagen over alle producenten in Nederland. Volgens de Minister van Economische Zaken betreft het een kostenpost van jaarlijks € 30-47 mln.<sup>15</sup>

## 2. Het verzoek om voorlichting

In het voorstel van wet<sup>16</sup> zoals dat voor advies aan de Raad is voorgelegd, bevatte artikel 24a van de Elektriciteitswet 1998 slechts de kaders voor het congestiemanagement. Werking en bekostiging zouden bij amvb worden geregeld. Onder druk van de Tweede Kamer heeft de regering bij de tweede<sup>17</sup> en derde<sup>18</sup> nota van wijziging de hoofdlijnen van het systeem van congestiemanagement in artikel 24a opgenomen. Uitkomst van het overleg met de Kamer was tevens dat de kosten voor het congestiemanagement in overwegende mate zouden moeten worden gedragen door de grijze producenten in het congestiegebied.<sup>19</sup> Het wetsvoorstel is op 9 maart 2010 met algemene stemmen in de Tweede Kamer aangenomen.

<sup>13</sup> Zie Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 4 en Kamerstukken I 2009/10, 31 904, D, blz. 9-10.

<sup>14</sup> De voor het congestiemanagement zelf benodigde investeringen door de netbeheerder, bijvoorbeeld in ICT systemen voor de veiling, worden wel gesocialiseerd.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 3.

<sup>16</sup> Voorstel van wet houdende wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 tot versterking van de werking van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame energie. Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 2,

<sup>17</sup> Kamerstukken II, 2009/10, 31 904, nr. 11.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2009/10 31 904, nr. 29.

<sup>19</sup> Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 16 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, p. 10 en de toelichting bij de tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 11, blz. 4-5.

Zowel in de Tweede Kamer<sup>20</sup> als in de Eerste Kamer<sup>21</sup> is discussie ontstaan over de verenigbaarheid van de wijze van kostentoedeling met onder meer het in de derde elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG) neergelegde beginsel van non-discriminatie. De Eerste Kamer vroeg zich in dit verband, mede naar aanleiding van een brief van een advocatenkantoor die de woordvoerders ontvingen, in het voorlopig verslag (vastgesteld op 27 april 2010) af of de voorgestelde wijze van kostendoorberekening in overeenstemming is met het Europese recht.<sup>22</sup>

Naar aanleiding van onzekerheid op dit punt heeft de Eerste Kamer in het nader voorlopig verslag<sup>23</sup> de Minister van Economische Zaken verzocht voorlichting te vragen over één aspect van het wetsvoorstel, namelijk de wijze waarop de kosten die voortvloeien uit het toepassen van congestiemanagement worden doorberekend. De Afdeling advisering zal hierna, in paragraaf 4, nader op dit aspect ingaan, nadat eerst, in paragraaf 3, het Europeesrechtelijke kader is geschetst.

### 3. Europeesrechtelijk kader

Het Europeesrechtelijke kader wordt in de eerste plaats gevormd door twee richtlijnen: de derde elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG) en de richtlijn duurzaam (2009/28/EG). Daarnaast kan worden gewezen op de verordening interconnectie (714/2009/EG).

#### *Derde elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG)*<sup>24</sup>

De derde elektriciteitsrichtlijn kent in de eerste plaats in artikel 3, eerste lid, een tot de lidstaten gerichte algemene non-discriminatiebepaling. Artikel 3 bepaalt dat de lidstaten op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel waarborgen dat elektriciteitsbedrijven volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en in milieuopzicht duurzame elektriciteitsmarkt; *wat hun rechten en plichten betreft, mogen zij deze bedrijven niet verschillend behandelen* (curs. van de Afdeling). Dat betekent dat regulering objectief, transparant en niet-discriminerend moet zijn.<sup>25</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat bij de toepassing van het criterium van non-discriminatie, dat een uitdrukking vormt van het algemene gelijkheidsbeginsel, elk onderscheid objectief gerechtvaardigd dient te zijn.<sup>26</sup>

Ingevolge de derde elektriciteitsrichtlijn dient het beheer van het transmissiesysteem (het netwerk) plaats te vinden door een onafhankelijke transmissiesysteembeheerder. Artikel 12 van die richtlijn somt de taken van de beheerder op. Daartoe behoort het

<sup>20</sup> De motie Spies, Kamerstukken II 2008/09, 28 982, nr. 76 en de brief van de Minister van Economische Zaken naar aanleiding van de vragen van mevrouw Spies, Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 28, blz. 6-7; Lijst van Vragen en antwoorden, Kamerstukken II, 2009/10, 31904, nr. 12 vragen 8 en volgende en vraag 125.

<sup>21</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, nr. D, blz. 9-11.

<sup>22</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, nr. C, blz. 6.

<sup>23</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, nr. E, blz. 1-2.

<sup>24</sup> Richtlijn nr. 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (PbEU L 211).

<sup>25</sup> Zie in dit verband ook het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-17/03, Vereniging voor Energie, Milieu en Water (VEMW) e.a., Jurispr. 2005, blz. I-4983, waaruit blijkt dat het discriminatieverbod een ruime strekking heeft. Het arrest is weliswaar gewezen onder de tweede elektriciteitsrichtlijn, maar de desbetreffende bepalingen zijn materieel niet gewijzigd in de derde elektriciteitsrichtlijn. In de conclusie in deze zaak concludeerde Advocaat-Generaal (AG) Stix-Hackl overigens dat met betrekking tot het door de richtlijn bereikte harmonisatieniveau voor ogen moet worden gehouden dat zij tal van vragen over de toegang tot de transmissieketen onbeantwoord laat, en dat het belang van het discriminatieverbod in zekere zin boven de specifieke toegangsregelingen staat.

<sup>26</sup> Zaak C-17/03, VEMW e.a. r.o. 48.

zorgen voor een toereikende transmissiecapaciteit en betrouwbaarheid van het systeem. Bij de uitvoering van zijn taken dient de transmissiesysteembeheerder te voldoen aan het beginsel van non-discriminatie (artikel 12, onderdeel f). In het stelsel van de derde elektriciteitsrichtlijn is voorzien in een vergunningprocedure voor nieuwe capaciteit (artikel 7), waarmee de transportcapaciteit en de productiecapaciteit (en daarmee de transportbehoefte) op elkaar kunnen worden afgestemd (planning).

#### *Richtlijn duurzaam (2009/28/EG)*<sup>27</sup>

De richtlijn duurzaam maakt op het beginsel van non-discriminatie een expliciete uitzondering. Duurzaam geproduceerde energie dient voorrang te hebben op niet duurzaam geproduceerde energie dan wel een gewaarborgde toegang te krijgen tot het net (artikel 16, tweede lid, onderdeel b). Ter zake van de tarieven is echter niet voorzien in een specifieke bepaling ten aanzien van duurzaam geproduceerde elektriciteit. Hiervoor moet worden teruggegrepen op de algemene kaders van de derde elektriciteitsrichtlijn.

#### *Verordening interconnectie (714/2009/EG)*<sup>28</sup>

De verordening interconnectie geeft onder andere regels voor congestiebeheer bij grensoverschrijdend transport. De wijze waarop congestiemanagement wordt georganiseerd, wordt opengelaten in de verordening, maar wel worden randvoorwaarden gesteld, waaronder de eis dat maatregelen om congestieproblemen op te lossen niet-discriminerend moeten zijn (artikel 16, eerste lid). Deze verordening is op congestiemanagement binnen Nederland niet van toepassing, aangezien het in de verordening slechts gaat om congestie bij interconnectie (grensoverschrijdend transport tussen twee netbeheerders).<sup>29</sup>

#### *Conclusie*

Uit het vorenstaande kan het volgende worden geconcludeerd. De derde elektriciteitsrichtlijn verbiedt discriminatie. Uit de richtlijnen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie vloeit voort dat een stelsel van kostentoedeling, wil het verenigbaar zijn met de richtlijn, objectief, transparant en niet-discriminerend dient te zijn.<sup>30</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof volgt voorts dat bij de toepassing van het criterium van non-discriminatie, dat een uitdrukking vormt van het algemene gelijkheidsbeginsel, elk onderscheid objectief gerechtvaardigd dient te zijn.<sup>31</sup> Dit criterium geldt zowel wanneer congestiemanagement kan worden begrepen onder de bijzondere taken van de transmissiesysteembeheerder (artikel 12 van de derde

<sup>27</sup> Richtlijn nr. 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (Pb EU L 140).

<sup>28</sup> Verordening nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1228/2003 (Pb EU L 211).

<sup>29</sup> Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 12-13.

<sup>30</sup> Zie in dit verband ook het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-17/03, Vereniging voor Energie, Milieu en Water (VEMW) e.a., Jurispr. 2005, blz. I-4983, waaruit blijkt dat het discriminatieverbod een ruime strekking heeft. Het arrest is weliswaar gewezen onder de tweede elektriciteitsrichtlijn, maar de desbetreffende bepalingen zijn materieel niet gewijzigd in de derde elektriciteitsrichtlijn. In de conclusie in deze zaak concludeerde Advocaat-Generaal (AG) Stix-Hackl overigens dat met betrekking tot het door de richtlijn bereikte harmonisatieniveau voor ogen moet worden gehouden dat zij tal van vragen over de toegang tot de transmissieketen onbeantwoord laat, en dat het belang van het discriminatieverbod in zekere zin boven de specifieke toegangsregelingen staat. Het transparantiebeginsel speelt in deze verder geen rol.

<sup>31</sup> Zaak C-17/03, VEMW e.a., Jurispr. 2005, blz. I-4983, r.o. 48.

elektriciteitsrichtlijn) als wanneer de algemene bepaling (artikel 3, eerste lid, van de derde elektriciteitsrichtlijn) van toepassing is.

Omdat de richtlijnen en de verordening het regulerende kader vormen voor de elektriciteitsmarkt, en beide richtlijnen reeds in een algemeen discriminatieverbod voorzien, acht de Afdeling de regels van het primaire recht, met name die inzake het vrije verkeer, niet meer aan de orde.<sup>32</sup>

#### 4. Mogelijkheden kostentoedeling

De Afdeling onderscheidt, gelet op de betrokken marktdeelnemers, vier mogelijkheden van kostentoedeling bij de gekozen methode van congestiemanagement:

- Kosten blijven bij de netbeheerder, waarna zij worden omgeslagen over afnemers (socialisatie);
- Kosten worden omgeslagen over alle producenten (binnen en buiten het congestiegebied);
- Kosten worden alleen omgeslagen over producenten binnen het congestiegebied;
- Kosten worden (in beginsel) alleen omgeslagen over producenten van grijze stroom binnen het congestiegebied; het uitgangspunt van het voorstel van wet.

Hierna wordt nader op deze varianten ingegaan tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde richtlijnen. Hierbij zal een tweedeling worden gebruikt (paragrafen 4.1 en 4.2). Eerst zal worden ingegaan op de keuze tussen socialisatie en het toedelen van de kosten aan producenten. Vervolgens zal de Afdeling het omslaan van de kosten over te onderscheiden producenten beoordelen. Daarbij worden de verschillende varianten die kunnen leiden tot discriminatie onder de loep van de Europese richtlijnen gelegd.

##### 4.1. Geen socialisatie maar omslaan over producenten

De regering ging in het oorspronkelijke wetsvoorstel uit van socialisatie van de kosten voor congestiemanagement, zoals ook in het thans nog geldende stelsel het geval is. Zij ging er daarbij van uit dat de derde elektriciteitsrichtlijn en de richtlijn duurzaam verbieden om uitzonderingen te maken op het beginsel van non-discriminatie, omdat dit de goede werking van de interne markt voor elektriciteit belemmert.<sup>33</sup>

Ten aanzien van de thans gemaakte keuze voor het omslaan van de kosten van congestiemanagement over de producenten, heeft de regering bij de motivering van deze verandering in de Tweede Kamer opgemerkt dat de toepasselijke richtlijnen hieromtrent geen regeling geven.<sup>34</sup> Zij heeft daar in de Eerste Kamer aan toegevoegd dat de lidstaten kunnen kiezen op welke wijze zij de kosten in rekening brengen.<sup>35</sup>

De Afdeling constateert dat de derde elektriciteitsrichtlijn en de richtlijn duurzaam geen specifieke regeling bevatten over de keuze om de kosten om te slaan over de producenten, in plaats van socialisatie door deze bij de netbeheerder te laten (waarna zij worden doorberekend aan de afnemers).

<sup>32</sup> Zie in dit verband ook de conclusie van de AG en de aanpak van het Hof van Justitie in zaak C-17/03, VEMW e.a., Jurispr. 2005, blz. I-4983.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 7, blz. 61.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 31 904, nr. 10.

<sup>35</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, D, blz. 9.

In artikel 12 van de derde elektriciteitsrichtlijn en in de Elektriciteitswet 1998 is het uitgangspunt neergelegd dat de transmissiesysteembeheerder (netbeheerder) verantwoordelijk is voor het aanwezig zijn van voldoende transportcapaciteit en het beheer ervan. De Afdeling merkt op dat congestie in Nederland het gevolg is van de uitbreiding van de productiecapaciteit en het daarbij achterblijven van de bouw van transportcapaciteit. De Afdeling constateert daarmee dat de in het wetsontwerp gekozen variant voor kostentoedeling, waarbij kosten worden afgewenteld op de producenten op gespannen voet staat met het uitgangspunt van de derde elektriciteitsrichtlijn, waarbij de primaire verantwoordelijkheid voor het aanwezig zijn van voldoende transportcapaciteit is neergelegd bij de netbeheerder.

Daarbij kan worden opgemerkt, dat de derde elektriciteitsrichtlijn een stelsel van planning van de productiecapaciteit toestaat (artikelen 7 en 8 van die richtlijn), zodat daarop door de overheid wat de aanleg van transportcapaciteit betreft kan worden ingespeeld. In Nederland is evenwel ingezet op vergroting en vernieuwing van het beschikbare productievermogen.<sup>36</sup> Daarbij is geaccepteerd dat daardoor congestie ontstaat.

Voor de keuze om, in plaats van socialisatie, de kosten om te slaan over de producenten zijn verschillende argumenten naar voren gebracht.

#### *Baten*

Het omslaan van de kosten voor congestiemanagement over de producenten wordt redelijk geacht aangezien ook de baten van het eerder realiseren van nieuw productievermogen bij deze partijen terecht komen.<sup>37</sup>

De Afdeling acht dit niet zonder meer overtuigend.

Het komt haar voor dat de baten van de uitbreiding van productiecapaciteit niet in gelijke mate bij alle producenten terecht komen. Voor bestaande producenten die met congestiemanagement worden geconfronteerd vanwege uitbreiding van de productiecapaciteit in hun regio door andere partijen, geldt dat zij geen baten hebben van de uitbreiding van de productiecapaciteit, maar veeleer in een nadeliger positie komen. Het aanbod van elektriciteit neemt toe, met waarschijnlijk lagere prijzen tot gevolg; daarnaast worden zij met de aan de orde zijnde congestie geconfronteerd. Voor exploitanten van nieuwe productiecapaciteit kan op zichzelf wel worden gezegd dat zij baat hebben bij uitbreiding van productiecapaciteit en de toegang tot het transportnet. Dit neemt echter niet weg dat het aldus ontstaan van congestie in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de netbeheerder is. Immers, de uitbreiding van de productiecapaciteit veroorzaakt weliswaar congestie, maar de verantwoordelijkheid om deze weg te nemen ligt bij de netbeheerder (artikel 12 van de derde elektriciteitsrichtlijn).

In dit verband is in de parlementaire behandeling naar voren gebracht dat uitbreiding van productiecapaciteit veel sneller te realiseren is dan uitbreiding van transportcapaciteit. Dit is echter niet nader inzichtelijk gemaakt. De Afdeling acht een nadere onderbouwing van belang, nu ook de ontwikkeling van een energiecentrale een aanzienlijke voorbereidingstijd vergt, waarop door de netbeheerder kan worden ingespeeld.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 2. De Afdeling onderkent evenwel dat er aanzienlijke baten voortvloeien uit de keuze voor vergroting van het productievermogen.

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 3.

Voorts merkt de Afdeling op dat in de Tweede Kamer is gesteld dat de toename van productiecapaciteit tot lagere energieprijzen leidt, waardoor ook afnemers profiteren van de uitbreiding van de productiecapaciteit.<sup>38</sup>

### *Gaming*

Congestie management kan voor producenten een instrument zijn om de allocatie van het gebruik van de productiecapaciteit te sturen ("gaming").<sup>39</sup> Door strategisch gedrag kunnen kunstmatige winsten worden gecreëerd. Dit geldt in het bijzonder voor producenten die beschikken over centrales zowel binnen het congestiegebied als daarbuiten. Het omslaan van de kosten over de producenten zelf moet dan bewerkstelligen dat "gaming" minder aantrekkelijk wordt.

Naar het oordeel van de Afdeling is voornamelijk onvoldoende inzicht gegeven in deze problematiek en verschillende mogelijkheden om deze aan te pakken. In het bijzonder is niet duidelijk waarom individueel strategisch gedrag van marktpartijen (producenten) effectief wordt tegengegaan door kosten die als gevolg van dat strategische gedrag ontstaan, om te slaan over de groep als geheel.

### *Financiële prikkel*

Ten slotte wordt er op gewezen dat indien de kosten voor congestie management zouden worden gesocialiseerd, elektriciteitsproducenten onvoldoende worden gestimuleerd om de kosten voor het congestie management te beperken.<sup>40</sup> Ervaringen in andere landen onderschrijven volgens de regering dat de kosten van congestie management oplopen wanneer die bij de netbeheerder terechtkomen.<sup>41</sup> Ook elders in Europa zouden om die reden bewegingen gaande zijn waarbij er allengs voor wordt gekozen de kosten van congestie management bij de producenten neer te laten slaan.

Dat daarmee de prikkel voor de netbeheerder om te investeren in transportcapaciteit zou kunnen worden verminderd, wordt niet als problematisch gezien. In dit verband wordt gewezen op de wettelijke verplichting voor de netbeheerder ingevolge artikel 16 van de Elektriciteitswet 1998 om zorg te dragen voor voldoende transportcapaciteit. Een financiële prikkel voor de netbeheerder, door deze in eerste instantie de kosten voor congestie management te laten dragen, zou volgens de regering onnodig en wellicht zelfs contraproductief zijn.<sup>42</sup>

De Afdeling kan uit de aangehaalde voorbeelden uit andere landen voornamelijk niet afleiden dat de producenten in Nederland onvoldoende zouden worden gestimuleerd om de kosten van congestie management zo laag mogelijk te houden indien dergelijke kosten, zoals onder het huidige stelsel, onbeperkt kunnen worden afgewenteld op afnemers. Aan die veronderstelling lijkt ten grondslag te liggen dat de veilingen ten behoeve van het op- of afregelen van productiecapaciteit onvoldoende zouden functioneren. De Afdeling acht dat voornamelijk niet zonder meer inzichtelijk gemaakt.

### *Conclusie*

<sup>38</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 11 en het rapport van ECN, Net Benefits of a New Dutch Congestion Management System, november 2009.

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 24 en Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 28, blz. 9.

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 11.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 4 en 11; Kamerstukken I 2009/10, 31 904, F, blz. 5.

<sup>42</sup> Contraproductief omdat financiële middelen die moeten worden ingezet voor congestie management niet kunnen worden ingezet voor uitbreiding van de transportcapaciteit (Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 31).



De Afdeling komt tot de conclusie dat de richtlijnen het omslaan van de kosten van congestiemanagement over de producenten niet expliciet verbieden, maar dat het omslaan van de kosten van congestiemanagement over de producenten wel op gespannen voet staat met het uitgangspunt van de derde elektriciteitsrichtlijn, waarbij de primaire verantwoordelijkheid voor het aanwezig zijn van voldoende transportcapaciteit is neergelegd bij de netbeheerder. Daarbij merkt de Afdeling op dat de congestieproblemen in Nederland ontstaan door de keuze om uitbreiding van productiecapaciteit (en aansluiting op het transportnetwerk) toe te staan bij een vooralsnog achterblijvende aanpassing van het transportnetwerk. De keuze om de kosten van congestiemanagement over de producenten om te slaan in plaats van deze bij de netbeheerder te laten (waardoor deze worden omgeslagen over afnemers), acht de Afdeling vooralsnog onvoldoende beargumenteerd. Een nadere onderbouwing is naar het oordeel van de Afdeling noodzakelijk. In verband met vorengenoemde spanning is de Afdeling van oordeel dat overleg met de Europese Commissie voor de hand ligt om een eventuele inbreukprocedure te voorkomen. Indien in andere Europese landen, zoals de regering suggereert, vergelijkbare ontwikkelingen plaatsvinden waarbij het stelsel van socialisatie ter discussie staat, kan dit naar het oordeel van de Afdeling aanleiding zijn om de problematiek van kostentoedeling in Europees verband aan de orde te stellen.

#### 4.2. Beperking kostenomslag tot bepaalde producenten

Bij de indiening van het oorspronkelijk voorstel ging de regering ervan uit dat het discriminatieverbod meebrengt dat het maken van onderscheid tussen producenten van grijze stroom en producenten van groene stroom verboden is: *"Richtlijn 2009/28 staat geen discriminatie toe bij de verdeling van netkosten tussen producenten van duurzame en niet-duurzame elektriciteit. De kosten van congestiemanagement kunnen daarom alleen aan generieke groepen gebruikers van het net worden toegedeeld. [...] Dit betekent, in antwoord op de vraag van de leden van de VVD-fractie hieromtrent, dat producenten van niet-duurzame elektriciteit niet anders kunnen worden belast dan producenten van duurzame elektriciteit."*<sup>43</sup>

Bij de tweede en derde nota van wijziging<sup>44</sup> is gekozen voor een andere benadering en zijn de uitgangspunten voor de kostentoerekening in het wetsvoorstel zelf opgenomen, waarbij kostentoedeling aan de producenten van grijze stroom binnen het congestiegebied uitgangspunt is. Producenten van groene stroom genieten voorrang op het net, dit overeenkomstig artikel 16 van de derde elektriciteitsrichtlijn, en doen in beginsel niet mee in het congestiemanagement. Pas wanneer zij in het congestiemanagement worden betrokken, dienen zij ook bij te dragen in de kosten. Over de kosten geeft genoemd artikel 16 geen voorschriften.

De regering meent dat dit (gewijzigde) stelsel de Europeesrechtelijke toets kan doorstaan:

*"[...]In het wetsvoorstel worden de kosten neergelegd bij de producenten in het congestiegebied waarop de netbeheerder congestiemanagement toepast. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen producenten van duurzame elektriciteit en producenten van niet-duurzame elektriciteit. Duurzame elektriciteit wordt in geval van congestie getransporteerd. Het transport van duurzame elektriciteit heeft voorrang ten opzichte van het transport van niet-duurzame elektriciteit. Op het transport van duurzame elektriciteit wordt dus geen congestiemanagement toegepast. Hiermee*

<sup>43</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, nr. 7, blz. 77.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nrs. 11 en 29.

*wordt uitvoering gegeven aan artikel 16 van de richtlijn duurzaam. Op niet-duurzame elektriciteit past de netbeheerder congestiemanagement toe. De Europese kaders staan toe dat aan partijen die onder een bepaald regulerend regime van de netbeheerder vallen (in dit geval congestiemanagement) ook de kosten daarvan in rekening worden gebracht. Congestiemanagement is een dergelijk regime dat alleen wordt toegepast op de grijze producenten in een gebied waar congestie dreigt. Bij die producenten wordt de rekening voor congestiemanagement dus ook neergelegd. In de situatie dat met het afregelen van niet-duurzame elektriciteit congestie niet kan worden voorkomen, valt duurzame elektriciteit ook onder congestiemanagement. In dat geval betalen de producenten van duurzame elektriciteit ook mee aan de kosten van congestiemanagement.*<sup>45</sup>

Onder punt 3 is geconcludeerd dat kostentoedeling objectief, transparant en niet-discriminerend dient te zijn. Bij de toepassing van het criterium van non-discriminatie dient elk onderscheid objectief gerechtvaardigd te zijn. Met de beperking in de kostentoedeling tot producenten van grijze stroom binnen het congestiegebied, worden elektriciteitsbedrijven wat hun rechten en plichten betreft verschillend behandeld (als bedoeld in artikel 3 van de derde elektriciteitsrichtlijn). De vraag is dan ook aan de orde of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Bij de beantwoording van deze vraag door de Afdeling zal een onderscheid worden gemaakt tussen de keuze om de kosten alleen toe te delen aan producenten binnen het congestiegebied, en de keuze om "in beginsel" producenten van groene stroom buiten de kostentoedeling te houden.

#### *4.2.1. Is er een objectieve rechtvaardiging voor de keuze om kosten van congestiemanagement om te slaan over producenten binnen het congestiegebied en niet over alle producenten?*

De argumentatie voor deze keuze is dezelfde als die voor de keuze voor het toedelen van kosten aan producenten in plaats van via socialisatie aan de afnemers. De regering verwijst opnieuw naar de baten van producenten en "gaming".

##### *Baten*

Voor de keuze om - gegeven het uitgangspunt om de kosten om te slaan over producenten en deze niet te socialiseren – niet alle producenten in de kostenomslag te betrekken maar slechts de producenten die zijn gevestigd binnen het congestiegebied, wordt aangevoerd dat ook de baten van het eerder realiseren van nieuw productievermogen bij deze partijen terecht komen.<sup>46</sup>

In aansluiting op hetgeen hiervoor reeds is opgemerkt over dit argument (punt 4.1) merkt de Afdeling op dat dit veronderstelt dat alle producenten binnen het congestiegebied profiteren. De Afdeling zet hier, zoals reeds is opgemerkt, vraagtekens bij. Slechts voor producenten van nieuwe productiecapaciteit geldt mogelijk een voordeel: zij worden op het net aangesloten vooruitlopend op de uitbreiding van de productiecapaciteit.<sup>47</sup> Voor bestaande producenten zijn er echter geen voordelen aan het toestaan van de uitbreiding van productiecapaciteit. Zij worden

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 28, blz. 6.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 3.

<sup>47</sup> Zoals in punt 4.2 opgemerkt, is dit nog niet zonder meer een argument voor kostenomslag over die producenten, nu de verantwoordelijkheid om de congestie (die het gevolg is van de uitbreiding van productiecapaciteit) weg te nemen ligt bij de netbeheerder en niet bij de producent.

immers door de toename van aanbod geconfronteerd met lagere prijzen en congestie, en worden bovendien geconfronteerd met kosten voor congestiemanagement.

### *Gaming*

Ten aanzien van het risico van "gaming" geldt mutatis mutandis hetgeen hierboven reeds is opgemerkt.

De redenering dat alleen producenten in het congestiegebied in het congestiemanagement worden betrokken, kan de Afdeling niet zonder meer volgen. Bij congestiemanagement vinden veilingen plaats ten behoeve van het afregelen binnen het congestiegebied en opregelen buiten dat gebied. De kosten worden in belangrijke mate gevormd door het prijsverschil tussen het resultaat van deze twee veilingen. Daar zijn zowel de producenten binnen het congestiegebied (veiling ten behoeve van het afregelen) als producenten buiten het congestiegebied (veiling voor het opregelen) betrokken.

Waar het gaat om het tegengaan van onwenselijk strategisch gedrag, geldt evenzeer dat hierbij niet alleen producenten binnen het congestiegebied betrokken zijn, maar ook producenten buiten het congestiegebied. Zoals uit de beschrijvingen over het ongewenste strategische gedrag naar voren komt<sup>48</sup>, gaat het bij uitstek om partijen die beschikken over productiecapaciteit zowel binnen als buiten het congestiegebied. Mogelijk zou hierbij echter een rol kunnen spelen dat binnen het congestiegebied sprake is van een beperkt aantal partijen, die soms aanzienlijke invloed op de uitkomst van het veilingproces kunnen hebben, terwijl dat buiten het congestiegebied als gevolg van het bestaan van een grote hoeveelheid aanbieders anders kan zijn. Hiervoor heeft de Afdeling echter onvoldoende aanknopingspunten kunnen vinden.

### *Conclusie*

De Afdeling is gelet op het vorenstaande van oordeel dat er vooralsnog geen objectieve rechtvaardiging is aangevoerd voor de beperking van de kostentoedeling tot producenten binnen het congestiegebied.

#### *4.2.2. Is er een objectieve rechtvaardiging voor de keuze om de kosten van congestiemanagement in beginsel alleen om te slaan over producenten van grijze stroom en niet die van groene stroom?*

Een tweetal argumenten komt in de discussie met name naar voren.

#### *Voorrang voor duurzaam*

Gelet op het uitgangspunt "voorrang voor duurzaam" behoren duurzame producenten niet mee te betalen aan hun eigen voorrang.<sup>49</sup> Dit is in essentie een beleidskeuze ter stimulering van duurzame energieproductie. De richtlijn biedt ter zake overigens geen bijzondere regeling. Indien de regering een bijzondere regeling dienaangaande wenselijk vindt, kan dit bij de Uniewetgever aan de orde worden gesteld. De Uniewetgever zou aan artikel 16 van de richtlijn duurzaam tevens een regeling inzake de toedeling van de kosten kunnen toevoegen.

#### *Deelname aan het stelsel*

In de tweede plaats wordt betoogd dat producenten van duurzame elektriciteit en van hoogrenderende WKK-elektriciteit in principe niet onder congestiemanagement vallen

<sup>48</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 28, blz. 9.

<sup>49</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 10, blz. 4.

(omdat zij ingevolge de rangorderegeling in beginsel niet aan bod komen), en daarom de aan congestiemanagement verbonden kosten niet hoeven te betalen.

De Afdeling is van oordeel, dat, zoals hiervoor (onder 4.2.1.) reeds is opgemerkt, congestiemanagement een tweeledig systeem is met de componenten "afregelen binnen het congestiegebied" en "opregelen buiten het congestiegebied". Congestie wordt veroorzaakt door alle aangeboden stroom, grijs en groen.<sup>50</sup> Dat producenten van grijze stroom vanwege de voorrang van groene stroom eerder met de consequenties van congestiemanagement worden geconfronteerd dan producenten van groene stroom, doet daaraan niet af. De productie door duurzame producenten staat evenzeer als de productie door niet-duurzame producenten, aan de basis van het besluit dat congestiemanagement moet worden toegepast. Daarbij constateert de Afdeling dat groene producenten als onderdeel van de werking van congestiemanagement kan worden gevraagd af te schakelen indien productiebeperking bij grijze producenten onvoldoende soelaas biedt. Groene producenten staan dus weliswaar onderaan de ladder, maar ook zij staan wel op deze ladder.

Voorts is van belang dat duurzame producenten wel kunnen meebieden op het op te regelen vermogen.<sup>51</sup> De Afdeling meent dat om deze redenen moeilijk kan worden volgehouden dat producenten van groene stroom ("in beginsel") niet in het congestiemanagement worden betrokken en om die reden niet in de kosten worden betrokken.

De Afdeling is gelet op het vorenstaande van oordeel dat er vooralsnog geen objectieve rechtvaardiging is aangevoerd voor de beperking van de kostentoedeling tot grijze producenten binnen het congestiegebied.

## 5. Conclusie

Afdeling III van de Raad van State is gevraagd om te beoordelen of de wijze van kostentoedeling in artikel 24a Elektriciteitswet 1998, zoals voorgesteld in het wetsvoorstel 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<sup>52</sup>, in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie.

De Afdeling advisering komt tot de conclusie dat de derde elektriciteitsrichtlijn<sup>53</sup> het omslaan van de kosten van congestiemanagement over de producenten niet verbiedt, maar dat het omslaan over de producenten van kosten op gespannen voet staat met het uitgangspunt van de derde elektriciteitsrichtlijn, waarbij de primaire verantwoordelijkheid voor het aanwezig zijn van voldoende transportcapaciteit is neergelegd bij de netbeheerder. In verband met deze spanning is de Afdeling van oordeel dat overleg met de Europese Commissie voor de hand ligt om een eventuele inbreukprocedure te voorkomen. Indien in andere Europese landen vergelijkbare

<sup>50</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 16.

<sup>51</sup> Met name WKK producenten zijn zeer wel in staat zijn op korte termijn op te regelen en daarmee "te spelen". Kamerstukken II 2009/10, 31 904, nr. 12, blz. 25.

<sup>52</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 904, A.

<sup>53</sup> Richtlijn nr. nr. 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG (PbEU L 211).

ontwikkelingen plaatsvinden waarbij het stelsel van socialisatie ter discussie staat, kan dit naar het oordeel van de Afdeling aanleiding zijn om de problematiek van kostentoedeling in Europees verband aan de orde te stellen.

Uit de derde elektriciteitsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>54</sup> vloeit voort dat kostentoedeling dient te geschieden op basis van objectieve, non-discriminatoire en transparante maatstaven. De Afdeling is van oordeel dat artikel 24a van de Elektriciteitswet 1998, vooralsnog niet in overeenstemming is met de verplichting bedrijven voor wat hun rechten en plichten betreft gelijk te behandelen, zoals neergelegd in artikel 3 van de derde elektriciteitsrichtlijn. Dit zou anders zijn indien het gemaakte onderscheid tussen producenten binnen en buiten het congestiegebied, alsmede het onderscheid tussen producenten van grijze en groene stroom, kunnen worden gerechtvaardigd op basis van objectieve, non-discriminatoire en transparante maatstaven. Naar het oordeel van de Afdeling is daarvan vooralsnog onvoldoende gebleken.

De vice-president van de Raad van State,

---

<sup>54</sup> In het bijzonder Zaak C-17/03, VEMW e.a., Jurispr. 2005, blz. I-4983.