No.W18.22.0119/IV 's-Gravenhage, 1 februari 2023

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 7 juli 2022, no.2022001497, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Klimaat en Energie, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels over energiemarkten en energiesystemen (Energiewet), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel voor de Energiewet worden de huidige Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ingetrokken en samengevoegd in één nieuwe wet: de Energiewet.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het wetsvoorstel verschillende functies heeft. Ten eerste worden de bestaande Elektriciteitswet 1998 en Gaswet samengevoegd in één nieuwe wet. Ten tweede wordt het zogenoemde Clean Energy Package, waaronder de herziene (vierde) Elektriciteitsrichtlijn, geïmplementeerd en het derde gaspakket opnieuw geïmplementeerd. Ten derde wordt met het voorstel beoogd bij te dragen aan de uitvoering van enkele nationale beleidsvoornemens, waaronder enkele onderdelen van het Klimaatakkoord.

De verschillende doelen en functies van het wetsvoorstel leiden ertoe dat het voorstel verschillende gezichten heeft. In het voorstel worden de verschillende functies bovendien onvoldoende duidelijk onderscheiden en uitgewerkt en is veelal niet duidelijk wanneer het gaat om implementatie of herimplementatie of om uitvoering van nationale beleidsvoornemens.

Om deze reden kost het bovengemiddeld veel tijd om grip te krijgen op het wetsvoorstel en om na te gaan welk deel van het voorstel implementatie betreft, waar het gaat om herimplementatie en waar beleidskeuzes zijn gemaakt, soms als eigen beleid, soms als kop op Europese regels, en hoe deze verschillende onderdelen zich tot elkaar verhouden.

De Afdeling wijst er daarnaast op dat een adequate implementatie van richtlijnen er niet mee is gediend dat dit gepaard gaat met een veelheid aan andere maatregelen, zoals hier aan de orde. Voor het parlement moet duidelijk zijn wanneer bepalingen dwingend voortvloeien uit Unierecht. Het ontbreken van dat inzicht kan een belemmering vormen voor het verdere wetgevingsproces en leiden tot (verdere) vertraging van de implementatie.

Om hieraan tegemoet te komen adviseert de Afdeling om op dit moment af te zien van samenvoeging van de Elektriciteitswet met de Gaswet. Indien daarvoor niet wordt gekozen adviseert de Afdeling om de noodzakelijke regelgeving ter implementatie van het CEP in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. Een ander alternatief kan zijn om nu niet vooruit te lopen op de voorstellen tot wijziging van de Gasrichtlijn en Gasverordening en de noodzakelijke regelgeving ter implementatie daarvan te zijner tijd in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen.

Indien niet voor één van bovenstaande alternatieven wordt gekozen, adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom dat niet gebeurt, mede in het licht van het gegeven dat de elektriciteits- en gasmarkten sterk en langdurig in beweging zijn en daarmee de wetgeving op deze terreinen ook.

Indien ervoor wordt gekozen zowel de implementatie van het CEP als de samenvoeging van de Elektriciteitswet en de Gaswet in het voorstel te handhaven, adviseert de Afdeling om steeds onder verwijzing naar de relevante bepalingen zo precies mogelijk uiteen te zetten in welke vereisten en verplichtingen het wetsvoorstel voorziet, welke relevante wijzigingen ten opzichte van de huidige Elektriciteitswet 1998 en Gaswet zijn opgenomen, hoe dit zich verhoudt tot het ter zake relevante Unierecht en welke onderdelen van het voorstel (her)implementatie, dan wel nieuw of gewijzigd nationaal beleid betreffen. Mocht het ‘Waterstof en gas decarbonisatiepakket’ in dit wetsvoorstel worden geïmplementeerd, dan ziet de Afdeling het gewijzigde voorstel graag opnieuw ter advisering aangeboden.

Verder maakt de Afdeling opmerkingen over de bescherming van eindafnemers van energie, over het ontbreken van een doenvermogentoets, over het ontbreken van regie in de prioritering van investeringen in het elektriciteitsnet en over energiedata. Zij adviseert op die punten de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling niet positief over het wetsvoorstel.

1. Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel vervangt de bestaande Elektriciteitswet 1998 en Gaswet en beoogt een gemoderniseerd en geactualiseerd ordeningskader te bieden voor energiesystemen van zowel elektriciteit als gas. Daartoe worden de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet samengevoegd. Volgens de toelichting is daarvoor gekozen omdat een aanzienlijk deel van de voorschriften voor de elektriciteits- en gasmarkten inhoudelijk niet of in beperkte mate van elkaar verschilt en de verwevenheid de komende decennia eerder sterker zal worden dan afnemen. Daarbij wordt het belangrijk geacht dat de wetgeving die op de elektriciteits- en gasmarkt van toepassing is, toegankelijk en functioneel is en niet leidt tot belemmeringen voor actoren die op de markt opereren.

Het wetsvoorstel moet voor de elektriciteits- en gasmarkt bijdragen aan het algemene doel van het Nederlandse energiebeleid, namelijk het realiseren van een schone, CO2-arme energievoorziening die ruimtelijk inpasbaar, veilig, betrouwbaar en betaalbaar is.[[1]](#footnote-1)

2. Verschillende gezichten van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel heeft volgens de toelichting in feite drie functies. Beoogd wordt, ten eerste, de regelgeving voor de markt van elektriciteit en gas te moderniseren en te actualiseren, met als doel de energietransitie optimaal te ondersteunen en stimuleren en daarbij de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet samen te voegen tot één wet. Ten tweede worden met het voorstel de herziene (vierde) Elektriciteitsrichtlijn[[2]](#footnote-2) en een aantal verordeningen op het terrein van elektriciteit, ook wel het ‘Clean Energy Package’ (CEP) genoemd, geïmplementeerd en het bestaande derde gaspakket opnieuw geïmplementeerd.[[3]](#footnote-3) Ten derde wordt beoogd enkele nationale beleidsvoornemens, waaronder enkele onderdelen van het Klimaatakkoord, uit te voeren.

De verschillende doelen en functies van het voorstel leiden ertoe dat het voorstel verschillende gezichten heeft: implementatie, modernisering en het doorvoeren van enkele beleidsmatige voornemens in het licht van de energietransitie en het klimaatakkoord. Deze stapeling en de manier waarop hieraan vorm is gegeven, maakt dat het wetsvoorstel moeilijk te doorgronden is.

In de toelichting wordt beoogd inzicht te geven in de beweegredenen die ten grondslag liggen aan de verschillende voorstellen door de voorgestelde wijzigingen ten opzichte van het bestaande wettelijk kader uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet onder te brengen in zes pijlers met hoofdthema’s:

* Pijler I: Versterkt kader voor toekomstige systeemintegratie;
* Pijler II: Energiedata als noodzakelijke en kansrijke grondstof;
* Pijler III: Systemen op orde en ondersteunend voor de energietransitie;
* Pijler IV: Ruimte voor nieuwe marktinitiatieven;
* Pijler V: Meer bescherming voor eindafnemers;
* Pijler VI: Toezicht.

De indeling in pijlers dient om de voorgestelde wijzigingen te rubriceren. Iedere pijler bevat zowel wijzingen die voortvloeien uit implementatie, als onderwerpen van nationaal beleid. Onduidelijk blijft echter of, hoe en waar in het voorstel invulling wordt gegeven aan de aldus gerubriceerde wijzigingen. Dit is problematisch, omdat daardoor ook niet duidelijk wordt of en hoe het voorstel bijdraagt aan de beleidsdoelen en of op adequate wijze wordt voldaan aan de implementatieverplichting. Zij licht dat hierna, onder a. en b., nader toe.

a. *Bijdrage aan realiseren van beleidsdoelen*

Zoals de toelichting vermeldt, staan de elektriciteits- en gassector voor grote veranderingen, met name als gevolg van de klimaatopgaven. Elektriciteitsproductie en -gebruik zullen fors toenemen, gasverbruik zal afnemen, andere energiebronnen, zoals waterstof zullen belangrijker worden. Deze energietransitie betekent een aanzienlijke investeringsopgave op het elektriciteitsnet en mogelijk ook investeringen voor ander gebruik van gasnetten. Hieruit volgen ingewikkelde vraagstukken inzake investeringen en de prioritering daarvan, verdeling van kosten, schaarste aan capaciteit, congestiemanagement en dergelijke.

Het algemeen deel van de memorie van toelichting geeft blijk van de grote ambities van het wetsvoorstel. De toelichting opent met de opmerking dat de aanleiding voor een belangrijk deel is gelegen in duurzaamheidsdoelstellingen en de energietransitie. Zo wordt met het wetsvoorstel beoogd (i) de energietransitie mede te ondersteunen en te stimuleren en (ii) een bijdrage te leveren aan het doel van een schone en koolstofdioxide-arme energievoorziening, die ruimtelijk inpasbaar, veilig, betrouwbaar en betaalbaar is.[[4]](#footnote-4)

Hoewel volgens de toelichting het wetsvoorstel kan worden beschouwd als een antwoord op die ontwikkelingen, is de manier waarop aan die ambities vorm gegeven zou worden in algemene termen verwoord en weinig precies toegelicht. Daardoor blijft onduidelijk welke concrete bijdragen het voorstel levert aan de ondersteuning en stimulering van de energietransitie en aan het verwezenlijken van het doel van een schone en koolstofdioxide-arme energievoorziening, die ruimtelijk inpasbaar, veilig, betrouwbaar en betaalbaar is. Waar het gaat om met de energietransitie samenhangende vraagstukken, is het voorstel eerder beleidsarm dan dat die vraagstukken adequaat worden geadresseerd.

Het ligt in de rede dat in de toelichting zo precies mogelijk – en onder verwijzing naar de relevante bepalingen van het voorstel – uiteen wordt gezet hoe het voorstel bijdraagt aan het kunnen verwezenlijken van deze ambities.

b. *Implementatie van Europese richtlijnen*

De Afdeling merkt op dat, waar het voorstel uitvoering geeft aan Europese implementatieverplichtingen, het niet in overeenstemming is met het uitgangspunt van zuivere implementatie. Volgens dat uitgangspunt worden in een implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan die voor de implementatie noodzakelijk zijn (geen zogenoemde nationale koppen).[[5]](#footnote-5) Reden voor dit uitgangspunt is de noodzaak van tijdige implementatie. In dit geval is de termijnoverschrijding voor implementatie van het CEP al fors: implementatie had moeten zijn voltooid op 1 januari 2021.

Met het oog op tijdige implementatie zou moeten worden vermeden (i) dat implementatie wordt ‘meegenomen’ in een bredere herziening van de desbetreffende regelgeving en (ii) dat in de implementatieregeling ‘extra’ nationaal beleid wordt meegenomen.[[6]](#footnote-6) Beide situaties doen zich in dit wetsvoorstel voor. Dat vergroot het risico op verdere vertraging.

Uit de toelichting is niet eenvoudig te achterhalen welke bepalingen dwingend uit implementatie voortvloeien, welke bepalingen nationale koppen bevatten en welke bepalingen bestaande of nieuwe nationale beleidskeuzes bevatten. Dit is echter wel essentieel om te bepalen welke ruimte nog bestaat in de parlementaire besluitvorming. Van bepalingen die dwingend uit implementatie volgen, kan namelijk niet worden afgeweken. Van nationale koppen en beleidskeuzes wel. Voor het parlement is daarom belangrijk dat inzichtelijk is welke bepalingen in het wetsvoorstel dwingend uit implementatie voortvloeien en dus niet voor wijziging in aanmerking komen. Het ontbreken van dat inzicht kan een belemmering vormen voor het verdere wetgevingsproces en vergroot het risico op fors vertraagde en onjuiste implementatie.

Gelet hierop, is een adequate implementatie van de richtlijnen, het CEP in het bijzonder, er niet mee gediend dat deze gepaard gaat met een veelheid aan andere maatregelen.

c. *Samenvoeging Gaswet en Elektriciteitswet*

Volgens de toelichting verschilt een aanzienlijk deel van de voorschriften die van toepassing zijn op de gas- en elektriciteitsmarkten inhoudelijk niet of in beperkte mate van elkaar en zal de verwevenheid de komende decennia naar verwachting eerder sterker worden dan gaan afnemen. Daarbij zal de rol van duurzaam opgewekte elektriciteit op de energiemarkt ten opzichte van de fossiele bron aardgas in betekenis toenemen en moeten duurzaamheidsdoelstellingen en de energietransitie leiden tot aanpassing van wetgeving. Tegen die achtergrond is er in het wetsvoorstel voor gekozen niet alleen het CEP te implementeren, maar is er tevens voor gekozen de Gaswet en Elektriciteitswet 1998 om te zetten in één integraal wetsvoorstel.[[7]](#footnote-7)

Met de gedachte van samenvoeging is al vaker gespeeld, maar samenvoeging is ook gecompliceerd, omdat er ondanks de gelijke structuur van de wetgeving op onderdelen verschillen tussen de wetten bestaan, onder andere bij de onderliggende Europese regels terzake. De Afdeling merkt op dat op Europees niveau weliswaar parallellen bestaan tussen Europese regels inzake elektriciteit en gas, maar daarvoor wel afzonderlijke wetgevingspakketten bestaan. Ook lopen de ontwikkelingen in Europese regelgeving voor elektriciteit en gas niet helemaal parallel en is de regelgeving voortdurend in beweging.[[8]](#footnote-8) Dit bemoeilijkt de in het voorstel gekozen integratie van beide stelsels.  
  
Illustratief in dit verband is dat in de toelichting bij het wetsvoorstel melding wordt gemaakt van het feit dat de Europese Commissie in december 2021 voorstellen heeft gepubliceerd om te komen tot wijziging van de Gasrichtlijn en de Gasverordening, waarin ook waterstof een plek heeft gekregen. Om die reden is er volgens de toelichting in het voorstel voor gekozen veel onderwerpen voor gas beleidsneutraal te benaderen.[[9]](#footnote-9) Het voorstel biedt bijvoorbeeld ook geen ondersteuning voor de transitie naar waterstof. Daarvoor zal te zijner tijd de voorgestelde Energiewet gewijzigd moeten worden.

Tegelijkertijd wordt in het wetsvoorstel vooruitgelopen op het nieuwe Europese gaskader dat momenteel in onderhandeling is: “het Waterstof en gas decarbonisatiepakket”, in het bijzonder het voorstel voor een nieuwe gasrichtlijn.[[10]](#footnote-10) Zo worden de contractuele rechten van eindafnemers ten aanzien van de gasleverancier gelijk getrokken met de contractuele rechten die uit de herziene Elektriciteitsrichtlijn voortvloeien. Weliswaar beperkt dit het risico op vertraagde implementatie van die richtlijn, maar het risico op onjuiste implementatie bestaat als het voorstel voor die richtlijn nog wordt gewijzigd. Het wetsvoorstel zal dan (opnieuw) moeten worden aangepast. Bovendien moet worden bedacht dat die bepalingen momenteel als nationale koppen zijn aan te merken, maar mogelijk in de toekomst ‘van kleur verschieten’ en het karakter van implementatiewetgeving krijgen. Dit heeft het risico dat als het parlement die bepalingen amendeert, dit straks mogelijk niet strookt met de desbetreffende richtlijnbepalingen.

Het voorgaande roept de vraag op wat de meerwaarde is van de samenvoeging van beide wetten op dit moment, terwijl die samenvoeging ook voormelde risico’s met zich brengt. Op die vraag geeft de toelichting bij het wetsvoorstel geen antwoord.

d. *Conclusie*

Om aan het voorgaande tegemoet te komen adviseert de Afdeling om op dit moment af te zien van samenvoeging van de Elektriciteitswet met de Gaswet. Indien daarvoor niet wordt gekozen adviseert de Afdeling om de noodzakelijke regelgeving ter implementatie van het CEP in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. Een ander alternatief kan zijn om nu niet vooruit te lopen op de voorstellen tot wijziging van de Gasrichtlijn en Gasverordening en de noodzakelijke regelgeving ter implementatie daarvan te zijner tijd in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen.

Indien niet voor een van de voorgaande alternatieven wordt gekozen, adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom dat niet gebeurt, mede in het licht van het gegeven dat de elektriciteits- en gasmarkten sterk en langdurig in beweging zijn en daarmee de wetgeving op deze terreinen ook.

Indien ervoor wordt gekozen zowel de implementatie van het CEP als de samenvoeging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet in het voorstel te handhaven, adviseert de Afdeling om steeds onder verwijzing naar de relevante bepalingen zo precies mogelijk uiteen te zetten in welke vereisten en verplichtingen het wetsvoorstel voorziet, welke relevante wijzigingen ten opzichte van de huidige Elektriciteitswet 1998 en Gaswet zijn opgenomen, hoe dit zich verhoudt tot het ter zake relevante Unierecht en welke onderdelen van het voorstel (her)implementatie, dan wel nieuw of gewijzigd nationaal beleid betreffen. Mocht het ‘Waterstof en gas decarbonisatiepakket’ in dit wetsvoorstel worden geïmplementeerd, dan ziet de Afdeling het gewijzigde voorstel graag opnieuw ter advisering aangeboden.

3. Bescherming van eindafnemers van energie

a. *Kwetsbare afnemers*

De herziene Elektriciteitsrichtlijn verplicht de lidstaten energiearme en kwetsbare huishoudelijke afnemers te beschermen. Ook de bestaande Gasrichtlijn kent een verplichting tot bescherming van kwetsbare afnemers. Uit het voorstel voor een nieuwe gasrichtlijn volgt dat de regeling voor kwetsbare afnemers daarin grotendeels gelijk zal zijn aan die in de herziene Elektriciteitsrichtlijn. De Afdeling begrijpt dat het wetsvoorstel daarom waar het gaat om de bescherming van kwetsbare afnemers aansluit bij de voorstellen voor een nieuwe gasrichtlijn. Om die reden concentreert de Afdeling zich hierna op de Elektriciteitsrichtlijn.

Het is aan de lidstaten om te definiëren wat zij onder kwetsbare afnemers verstaan, waarbij kan worden verwezen naar energiearmoede en het verbod op afsluiting van de elektriciteitstoevoer van dergelijke afnemers in moeilijke tijden.[[11]](#footnote-11) Daarbij kunnen lidstaten onder meer in aanmerking nemen: het inkomensniveau, het percentage dat energie-uitgaven vormen van het besteedbare inkomen, de energie-efficiëntie van huizen, kritieke afhankelijkheid van elektrische apparatuur om gezondheidsredenen, vanwege leeftijd of andere criteria.[[12]](#footnote-12)

Lidstaten kunnen kwetsbare afnemers beschermen via sociaal beleid, of op andere wijze.[[13]](#footnote-13) In principe kan niet worden ingegrepen in de prijsstelling voor de levering van energie. Fundamenteel uitgangspunt in de Elektriciteitsrichtlijn is namelijk dat leveranciers vrij zijn om de prijs waarvoor zij aan afnemers leveren vast te stellen.[[14]](#footnote-14) Alleen ten behoeve van de levering van elektriciteit aan energiearme of kwetsbare huishoudelijke afnemers mag van dit uitgangspunt worden afgeweken, indien aan zeer strikte voorwaarden is voldaan. Met het prijsingrijpen moet een algemeen economisch belang worden nagestreefd en de ingreep mag niet verder gaan dan nodig is voor het nastreven van dat belang. Voorts moet het ingrijpen duidelijk zijn omschreven, niet discriminerend zijn, verifieerbaar en moet het elektriciteitsbedrijven gelijke toegang tot de afnemer garanderen. Ook moet het ingrijpen van beperkte duur zijn en in verhouding staan tot de begunstigden en niet op discriminerende wijze leiden tot extra kosten voor marktdeelnemers.[[15]](#footnote-15) De Afdeling maakt twee opmerkingen (i en ii) en verbindt daaraan een conclusie (iii).

i. De Afdeling merkt op dat het voorstel geen definitie bevat van het begrip kwetsbare afnemer. In de toelichting wordt volstaan met een verwijzing naar de definitie van dit begrip in de Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit en gas. In die regeling is een definitie van kwetsbare consument opgenomen die luidt: “een kleinverbruiker voor wie de beëindiging van het transport of de levering van elektriciteit of gas zeer ernstige gezondheidsrisico’s tot gevolg zou hebben voor de kleinverbruiker of huisgenoten van de kleinverbruiker”. Zoals hiervóór opgemerkt, maakt de Elektriciteitsrichtlijn echter een bredere invulling van het begrip kwetsbare afnemer mogelijk. Het is daarom van belang dat in dit voorstel invulling wordt gegeven aan het begrip kwetsbare afnemers. Daarmee wordt immers de groep afgebakend waaraan de door de richtlijn vereiste bescherming dient te worden gegeven en waarvoor de richtlijn ingrijpen in de prijsstelling toelaat.

ii In het voorstel ontbreekt voorts een regeling voor de situatie dat ingrijpen in de prijsstelling voor de levering van energie aan kwetsbare afnemers nodig wordt geacht. Waar met het wetsvoorstel wordt beoogd een gemoderniseerd en geactualiseerd ordeningskader te bieden voor de energiesystemen van zowel gas als elektriciteit, mag een dergelijke regeling niet ontbreken. Het belang ervan wordt te meer geïllustreerd door de recente prijsstijgingen ten gevolge van de invasie van Rusland in Oekraïne en de naar aanleiding daarvan getroffen maatregelen.

iii Omdat de verwachting is dat energieprijzen nog lange tijd hoger zullen blijven en dat daarom nadere reparatiemaatregelen nodig kunnen zijn, ligt het in de rede om vooraf in de wet te regelen in welke gevallen, welke categorieën van kwetsbare afnemers door middel van ingrijpen in de prijsstelling kunnen worden beschermd. Een dergelijke regeling, die ook moet voldoen aan voornoemde vereisten van de richtlijn, kan dan in een voorkomend geval of noodsituatie worden toegepast.

Daarbij kan worden gedacht aan een vangnetregulering, zoals die in de huidige Elektriciteitswet en Gaswet is opgenomen, waarmee de ACM in geval van onredelijke tarieven een maximumtarief kan vaststellen.[[16]](#footnote-16) De huidige vangnetregulering, die in het voorstel niet terug komt, was vooral bedoeld om aanvankelijke tekortkomingen van falende marktwerking tegen te gaan.[[17]](#footnote-17) Een dergelijke algemene regeling strookt niet (langer) met het uitgangspunt van de herziene Elektriciteitsrichtlijn van vrije prijsvorming. Een op kwetsbare afnemers toegespitst vorm van vangnetregulering lijkt echter wel mogelijk binnen de hiervóór geschetste kaders van de richtlijn. Een dergelijke vangnetregulering zou voor de ACM bovendien een goed instrument kunnen zijn om toezicht te houden op het naleven van de doelstellingen van de richtlijn om kwetsbare afnemers te beschermen.[[18]](#footnote-18)

De Afdeling adviseert in het voorstel een definitie van kwetsbare afnemers op te nemen en te voorzien in een regeling waarmee ter bescherming van hun belangen kan worden ingegrepen op de prijsstelling.

b. *Toezicht op redelijke prijzen*

Voorgesteld artikel 2.6 schrijft voor dat energieleveranciers elektriciteit of gas moeten leveren tegen redelijke (en transparante) prijzen en voorwaarden. Met deze bepaling worden, volgens de toelichting, artikelen 5, eerste lid en 27, eerste lid van de Elektriciteitsrichtlijn geïmplementeerd. Volgens deze bepalingen zijn leveranciers vrij hun prijzen vast te stellen en moet worden gewaarborgd dat sprake is van daadwerkelijke concurrentie. Voorts hebben huishoudelijke eindafnemers en eventueel kleine ondernemingen het recht op elektriciteit tegen duidelijk vergelijkbare, transparante, concurrerende en niet-discriminerende prijzen. De bepalingen van de huidige gasrichtlijn zijn niet geheel gelijkluidend, maar in het voorstel voor de nieuwe gasrichtlijn zullen deze bepalingen wel gelijk luiden.[[19]](#footnote-19)

In het voorstel wordt niet bepaald wat wordt verstaan onder ‘redelijke prijzen’, maar in de toelichting wordt opgemerkt dat daarmee wordt bedoeld dat de prijzen op de vrije markt tot stand komen. Daarmee zou worden aangesloten bij de bestaande terminologie die wordt gehanteerd en is uitgekristalliseerd in de handhavingspraktijk van de ACM in het kader van de vangnetregulering.[[20]](#footnote-20)

De toelichting is daarmee niet helemaal sluitend. De ACM toetst in het kader van de vangnetregulering namelijk niet alleen of een prijs in werkelijk vrije concurrentie tot stand is gekomen, maar ook of sprake is van een onredelijke prijsontwikkeling. Voorts is de vraag hoe de voorgestelde bewoordingen zich verhouden tot de herziene Elektriciteitsrichtlijn, die huishoudelijke afnemers en kleine ondernemingen recht geeft op levering tegen concurrerende, marktgebaseerde prijzen. Dit, terwijl zij in de oude Elektriciteitsrichtlijn recht hadden op levering tegen *redelijke* prijzen, waarmee iets anders leek te zijn bedoeld dan marktgebaseerde prijzen.[[21]](#footnote-21)

Gelet op het voorgaande, dient te worden verduidelijkt wat precies wordt verstaan onder ‘redelijke prijzen’. Als daarmee wordt bedoeld aan te sluiten bij de definitie van de herziene Elektriciteitsrichtlijn, adviseert de Afdeling de bewoordingen van artikel 2.6 aan die van de richtlijn aan te passen. Als het begrip is bedoeld in de betekenis van de huidige vangnetregulering, adviseert de Afdeling toe te lichten hoe die norm zich verhoudt tot de doelstellingen van de richtlijn om vrije prijsvorming te waarborgen en wanneer een prijs als redelijk is aan te merken. Deze duidelijkheid is ook van belang voor het toezicht door de ACM. In haar uitvoeringstoets merkt zij namelijk op dat doordat de bestaande vangnetregeling wordt geschrapt de invulling van de begrippen ‘redelijke prijzen en voorwaarden’ wegvallen, hetgeen haar toezicht belemmert

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het hiervóór overwogene aan te vullen, en artikel 2.6 van het voorstel aan te passen.

c. *Financiële eisen aan energieleveranciers*

In de toelichting wordt verwezen naar een onderzoek naar financiële eisen die kunnen worden gesteld aan energieleveranciers en de bescherming van consumenten in het geval van een faillissement van een energieleverancier. Dat onderzoek is aangekondigd naar aanleiding van een aantal faillissementen van energieleveranciers in de tweede helft van 2021. Daardoor rees de vraag of de belangen van eindafnemers adequaat beschermd worden. In de toelichting wordt opgemerkt dat de uitkomsten van dat onderzoek wellicht nog tot aanpassing van het wetsvoorstel kunnen leiden.[[22]](#footnote-22)

Dit onderzoek heeft intussen plaatsgevonden.[[23]](#footnote-23) In het onderzoek is onder meer gekeken naar de effectiviteit en haalbaarheid van het stellen van eisen die zijn gericht op het versterken van de financiële positie van energieleveranciers. De minister heeft in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven dat het onderzoek duidelijk maakt dat het stellen van scherpere eisen aan energieleveranciers en zo faillissementsrisico’s te verkleinen, consumenten meer helpt dan achteraf bepaalde effecten van een faillissement tegen te gaan. Niet duidelijk is, in hoeverre de regering voornemens is in onderhavig wetsvoorstel regels ten aanzien van financiële eisen te stellen. Een aanvulling op de toelichting, en zo nodig het voorstel, ligt in de rede.

Daarbij vraagt de Afdeling ook aandacht voor de verhouding tot het Unierecht en de gevolgen voor de markt. Het stellen van te stringente financiële eisen kan tot gevolg hebben dat de toegang tot energiemarkt wordt bemoeilijkt of afgesloten voor nieuwkomers. Voor nieuwkomers kan dat een belemmering vormen voor ‘hun’ vrijheid van vestiging, dan wel het vrij verkeer van kapitaal. Maar ook voor de consument kan dat op de langere termijn nadelige gevolgen hebben. Waar toetreding tot de markt door strenge financiële eisen wordt bemoeilijkt kan het aantal concurrerende aanbieders beperkter worden, met als gevolg dat de consument minder keus heeft. Wanneer ervoor gekozen zal worden financiële eisen te stellen, is daarom van belang dat daarbij dus een balans wordt getroffen, waarmee ook aan deze belangen tegemoet wordt gekomen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

4. Ontbreken doenvermogen toets

Het wetsvoorstel voorziet in mogelijkheden voor burgers om ‘actief’ te worden op de elektriciteitsmarkt. Het gaat bijvoorbeeld om (i) het gebruikmaken van overeenkomsten op basis van een dynamische elektriciteitsprijs of vraagrespons, (ii) opgewekte elektriciteit verkopen via een marktdeelnemer die aggregeert, via een energiegemeenschap of via een peer-to-peer-handelaar of (iii) het contracteren van meerdere aanbieders op een aansluiting. Voorts krijgen actieve deelnemers die hun elektriciteit niet via een marktdeelnemer die aggregeert verkopen of via een leverancier kopen, de mogelijkheid om zelf hun balanceringsverantwoordelijkheid te regelen. Volgens de toelichting is het uitgangspunt dat de actieve afnemer in staat moet worden gesteld om te kunnen profiteren van (financiële) voordelen die de interne markt biedt en rechtstreeks moet kunnen deelnemen aan die markt.[[24]](#footnote-24)

Met het wetsvoorstel wordt ernaar gestreefd deze nieuwe marktinitiatieven beter in te bedden in wet- en regelgeving. In de memorie van toelichting wordt de verwachting uitgesproken dat individuele burgers, afhankelijk van hun keuzes, daadwerkelijk profiteren van deze maatregelen. In de toelichting wordt opgemerkt dat er meer initiatief wordt verwacht, maar dat de burger er dan ook bewust voor kiest om ‘actief’ te worden.[[25]](#footnote-25)

Het valt de Afdeling op dat in de toelichting weinig aandacht wordt besteed aan de mate waarin de voorgestelde regelingen op deze punten duidelijk en ‘doenbaar’ zijn voor burgers. Zo is het onduidelijk voor burgers welke mogelijkheden zij daadwerkelijk hebben om onderling op lokale schaal energie uit te wisselen en daarmee ervaring op te doen. Ook is meer duidelijkheid nodig over de risico’s die deze mogelijkheden voor burgers met zich meebrengen. Daarnaast ontbreekt een doenvermogentoets. Het uitvoeren van zo’n toets ligt wel voor de hand bij een nieuwe regeling als deze, waarmee uitdrukkelijk wordt beoogd burgers in positie te brengen en te stimuleren om op verschillende manieren actief te worden op de elektriciteitsmarkt.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen op bovengenoemde punten en alsnog een doenvermogentoets te verrichten en rekening te houden met de uitkomsten daarvan in de voorgestelde regelingen.

5. Volgorde van investeringen in het elektriciteitsnet

a. *Achtergronden: structurele transportschaarste elektriciteitsnet*

Als gevolg van de groeiende economie, digitalisering, de energietransitie, de woningbouwopgave en de elektrificatie van industrie, mobiliteit, de landbouwsector en de gebouwde omgeving, neemt de vraag naar transportcapaciteit en daarmee de druk op het elektriciteitsnetwerk steeds verder toe. Tegelijkertijd is er op dit moment al structureel schaarse transportcapaciteit op grote delen van het elektriciteitsnet, zowel voor afname (het gebruik van elektriciteit) als voor invoeding (bijvoorbeeld door opwek uit wind- en zonneparken). Mede door deze omstandigheden zullen de netten in het komende decennium de toename van elektriciteitsproductie en het gebruik ervan met moeite, of zelfs niet kunnen bijhouden.[[26]](#footnote-26)

Om aan de vraag naar transportcapaciteit te kunnen voldoen, moeten systeembeheerders op veel plekken het elektriciteitsnet uitbreiden en versterken. Versterking van het net gaat echter niet van de ene op de andere dag. Zo gaat het vaak gepaard met een complexe ruimtelijke inpassing, waarbij het vinden van een juiste plek voor bijvoorbeeld een onderstation of kabeltracé veel afstemming vergt met overheden, private grondeigenaren, omwonenden en andere betrokken partijen. Daarnaast kost de daadwerkelijke aanleg ook tijd.[[27]](#footnote-27) Tegelijkertijd kampen systeembeheerders en hun aannemers met een tekort aan gekwalificeerd personeel en bestaan soms tekorten aan materialen, waardoor spoedige realisatie van uitbreiding en versterking verder wordt bemoeilijkt. Dit alles leidt ertoe dat in de huidige situatie meer noodzakelijke investeringen zijn opgenomen in de investeringsplannen dan daadwerkelijk binnen de beoogde termijn gerealiseerd kunnen worden. Systeembeheerders kunnen er daarom niet aan ontkomen om keuzes te maken welke uitbreidingen en versterkingen van het net als eerste worden gerealiseerd.

In dit verband merkt de Afdeling op dat de ACM in haar uitvoeringstoets heeft gevraagd om in lagere regelgeving een duidelijk kader neer te leggen waarin de prioritering van uitbreidingsinvesteringen wordt uitgewerkt.[[28]](#footnote-28) In reactie daarop wordt in de toelichting opgemerkt dat in het voorliggende voorstel een grondslag is opgenomen voor opname van uitgangspunten die transmissie- en distributiesysteembeheerders in acht moeten nemen bij het bepalen van een eventuele volgordelijkheid van uitbreidings- en vervangingsinvesteringen.[[29]](#footnote-29) Vermoedelijk wordt daarmee gedoeld op het voorgestelde artikel 3.36, tweede lid, onder b, dat voorziet in een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de inhoud van een investeringsplan.

b. *Noodzaak prioriteringskader*

i. Prioritering verantwoordelijkheid van het Rijk

Het te verwachten niveau van vraag en aanbod van transportcapaciteit hangt mede af van het (ruimtelijke) beleid van de overheid. De beleidskeuzes die worden gemaakt hebben namelijk direct invloed op de vraag waar distributie- en transmissiesystemen moeten worden versterkt of aangelegd. Dat geldt in het licht van de transitieopgaven meer dan ooit. De transities bij de opgaven zoals inzake wonen, vervoer, energieopwekking, industrie hebben een grote weerslag op vraag en aanbod van elektriciteit en daarmee op de vraag waar uitbreiding en versterking van transmissie- en distributiesystemen nodig is. De te maken keuzes over waar als eerste versterkingen van die systemen moeten plaatsvinden hebben op hun beurt weer gevolgen voor de realisatie van deze transities. Dat vergt een goede afstemming en prioritering.

Gegeven deze onderlinge afhankelijkheid tussen de hiervoor genoemde opgaven en de investeringen ligt het niet in de rede dat de systeembeheerder of de toezichthouder in dezen de prioritering van de investeringsopgaven bepaalt. Het geven van een waardering over de volgorde van noodzakelijke uitbreidingsinvesteringen op basis van maatschappelijke impact, zoals de bijdrage aan het mogelijk maken van woningbouw, CO2-reductie, stikstof- en biodiversiteitsdoelen en regionale economische ontwikkeling,[[30]](#footnote-30) vergt een afweging van publieke belangen die niet past bij hun taken. Het afwegen van die belangen vergt politieke keuzes door nationale en decentrale overheden. Bij die afwegingen dient het Rijk regie en verantwoordelijkheid te nemen.[[31]](#footnote-31) Alleen zo zal kunnen worden bewerkstelligd dat de uitvoering van de transitieopgaven en de investeringsopgaven voor de elektriciteitsnetwerken voldoende op elkaar worden afgestemd.

Met de voorgestelde wettelijke grondslag om uitgangspunten vast te stellen die de systeembeheerders in acht moeten nemen bij hun uitbreidings- en vervangingsinvesteringen, acht de Afdeling onvoldoende gewaarborgd dat de noodzakelijke afstemming en prioritering zal plaatsvinden. In de toelichting wordt niet nader uiteengezet hoe een dergelijke regeling zal worden vormgegeven en wie daarin welke rol en verantwoordelijkheid heeft. Zo wordt niet toegelicht hoe de verschillende publieke belangen tegen elkaar worden afgewogen en wie – de minister, een andere partij of in gezamenlijkheid – de afweging maakt.

Een aanvulling van het voorstel ligt daarom in de rede, met een uitgebreide beschrijving hoe de prioriteringsregels zullen worden vormgegeven en welke partij daarbij welke taken en verantwoordelijkheden heeft. Met het oog daarop merkt de Afdeling nog het volgende op.

ii. Kaders voor een prioritering

Van belang is dat een prioriteringskader de systeembeheerders daadwerkelijk “legitimeert” de geprioriteerde investeringen voorrang te geven.[[32]](#footnote-32) Dit betekent dat het voor systeembeheerders niet alleen duidelijk moet zijn hoe de afweging van publieke belangen doorwerkt in de belangenafweging die zij moeten maken bij de investeringsbeslissingen, maar ook dat zij ervan verzekerd zijn dat het juridisch mogelijk is de gewenste prioritering door te voeren in hun investeringsplannen. Daarbij vormt de Elektriciteitsrichtlijn een belangrijk kader, omdat daarin de rollen en verantwoordelijkheden van de verschillende partijen wordt geregeld.

Op grond van de Elektriciteitsrichtlijn is het aan de systeembeheerders om periodiek een ‘netontwikkelingsplan’ op te stellen voor de komende tien jaar, dat is gebaseerd op de verwachte vraag en het aanbod.[[33]](#footnote-33) In dat plan worden de maatregelen en investeringen beschreven die nodig zijn, alsmede een tijdschema waarbinnen die zijn gepland. De systeembeheerders raadplegen daartoe alle belanghebbenden en dienen het plan in bij de nationale regulerende instantie, de ACM. De ACM kan wijzigingen in het plan verlangen en houdt toezicht op de uitvoering van dit netontwikkelingsplan, maar stelt verder geen kaders voor de inhoud of volgordelijkheid van de investeringen.

Afgezien van een transparante totstandkoming stelt de richtlijn geen nadere inhoudelijke voorwaarden aan de investeringsplannen en laat het aan de systeembeheerders om de volgorde van hun investeringen te bepalen, waarbij de richtlijn er niet aan in de weg staat ook niet-economische belangen mee te wegen.[[34]](#footnote-34)

Tegelijkertijd dienen systeembeheerders zich te onthouden van discriminatie tussen systeemgebruikers of categorieën van systeemgebruikers.[[35]](#footnote-35) Daarbij moet worden onderkend dat, hoewel bij het opstellen van netontwikkelings- en investeringsplannen er veelal nog geen concrete klantaanvraag ligt, het in de praktijk wel kan voorkomen dat bij het opstellen van een investeringsplan al duidelijk is dat een bepaalde uitbreidingsinvestering ten bate komt van een specifieke gebruiker of categorie gebruikers.[[36]](#footnote-36)

Om recht te kunnen doen aan de maatschappelijke belangen zal de investeringsplanning, waarbij rekening wordt gehouden met de voorgeschreven prioritering, mede de volgorde van inwilliging van de aansluitverzoeken bepalen. Zolang binnen de kaders van de aldus vastgestelde planning objectieve en transparante criteria worden gebruikt, handelt de systeembeheerder niet in strijd met het non-discriminatiebeginsel, althans kan een eventueel onderscheid tussen aspirant gebruikers worden gerechtvaardigd door de aan de prioritering ten grondslag liggende maatschappelijke belangen.

Daarbij volgt ook uit de richtlijn en de daarin opgenomen taakverdeling dat het niet op de weg ligt van de systeembeheerders of de ACM, als nationale regulerende instantie, investeringen omwille van publieke belangen te prioriteren. De richtlijn biedt lidstaten zo nodig de mogelijkheid om systeembeheerders te belasten met een openbare-dienstverplichting.[[37]](#footnote-37) Een dergelijke openbare-dienstverplichting kan betrekking hebben op maatregelen op het terrein van energie uit hernieuwbare energiebronnen en klimaatbescherming. Deze verplichtingen dienen duidelijk te worden gedefinieerd, transparant en niet-discriminerend te zijn. Deze vormen dan ook belangrijke kaders waarbinnen de minister zijn prioriteringskader nader moet vormgeven.

iii. Conclusie

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van de hiervoor geschetste bezwaren en overwegingen aan te passen en de toelichting hierop aan te vullen.

c. *Beperking verordenende bevoegdheid provinciale staten en gemeenteraden*

De Afdeling wijst voorts nog op het volgende. Het voorgestelde artikel 6.8, dat bepaalt dat provinciale staten en de gemeenteraad niet bevoegd zijn het transporteren van elektriciteit in het belang van de energievoorziening aan regels te binden, is zonder meer overgenomen uit de huidige Elektriciteitswet 1998 en Gaswet.

Uit de brief van de minister van 8 februari 2022 blijkt dat er bestuurlijke afspraken zijn gemaakt die ervan uitgaan dat de provincies het voortouw nemen bij het in samenhang met ruimtelijke ontwikkelingen programmeren van regionale energie-infrastructuur en richting geven aan noodzakelijke uitbreidingsinvesteringen.[[38]](#footnote-38) De vraag rijst welke ruimte het voorgestelde artikel 6.8 daartoe laat.

De Afdeling adviseert om dit in de memorie van toelichting te verduidelijken en deze bepaling zo nodig aan te passen.

6. Energiedata

a. *Verhouding tot de AVG*

Het wetsvoorstel adresseert op verschillende plaatsen de wijze waarop met energiedata moet worden omgegaan.[[39]](#footnote-39) Het wetsvoorstel regelt op kaderniveau onder meer de betrokken gegevensprocessen en de zorgplicht voor beveiliging van gegevens.[[40]](#footnote-40) Daarnaast bevat het voorstel bepalingen over registerbeheer door verschillende betrokken partijen.[[41]](#footnote-41)

In de toelichting wordt slechts op hoofdlijnen de verhouding van het wetsvoorstel tot de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)[[42]](#footnote-42) beschreven, zonder specifiek toe te lichten hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de vereisten van de AVG en zonder de in dit licht gemaakte keuzes te verantwoorden. Wel wordt opgemerkt dat zoveel mogelijk de principes van de AVG worden gevolgd, ook ten aanzien van marktgegevens die geen persoonsgegevens zijn waarop de AVG van toepassing is.[[43]](#footnote-43) De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Ten eerste bevat het voorstel, noch de toelichting een duidelijke classificatie van gegevens, waarin wordt beschreven welke in het voorstel benoemde gegevens persoonsgegevens zijn en welke niet. Dat is wel nodig. Indien het gaat om de verwerking van persoonsgegevens, is de AVG immers onverkort van toepassing.[[44]](#footnote-44) Op voorhand dient daarom duidelijk te zijn wanneer persoonsgegevens worden verwerkt en aan de vereisten van de AVG moet worden voldaan. De opmerking in de toelichting dat het onderhavige wetsvoorstel beoogt een algemeen kader te bieden en preciezere omschrijvingen van gegevens(processen) in lagere regelgeving verder vorm dienen te krijgen, volstaat in dat verband niet.[[45]](#footnote-45)

Ten tweede maken de tekst van het voorstel en de toelichting niet inzichtelijk welke betrokken actoren – partijen die gegevens aanleveren, registerbeheerders – voor de diverse gegevensverwerkingsprocessen moeten worden beschouwd als verwerkingsverantwoordelijke en/of verwerker in de zin van de AVG en welke gevolgen dat heeft voor de wijze waarop zij met de hun toevertrouwde gegevens moeten omgaan. Evenmin wordt duidelijk op welke wijze wordt voorzien in rechtsbescherming. Dit inzicht is wel nodig omdat betrokken partijen – in ieder geval natuurlijke personen die door de AVG worden beschermd – moeten weten bij wie zij zich moeten vervoegen als zij zorgen hebben over de gegevensverwerking in een concreet geval.

Ten derde blijft de toelichting te algemeen ten aanzien van de rechtsgronden op basis waarvan gegevens kunnen worden verwerkt.[[46]](#footnote-46) Bij een breed scala aan verwerkingen kunnen verschillende rechtsgronden aan de orde zijn. Dat neemt echter niet weg dat voor elke verwerking op zichzelf uiteindelijk een van toepassing zijnde rechtsgrond aanwijsbaar moet zijn. De AVG verbindt daar immers verschillende eisen en gevolgen aan. Ook de Autoriteit Persoonsgegevens wijst daarop.[[47]](#footnote-47) De toelichting dient daarover meer duidelijkheid te verschaffen.

De Afdeling adviseert in de tekst van het voorstel en de toelichting concreet tot uitdrukking te brengen op welke wijze de bepalingen in het voorstel met betrekking tot de gegevensverwerking voldoen aan de eisen van de AVG ten aanzien van alle relevante gegevens, gegevensprocessen, actoren en rechtsgronden en in die zin de tekst en de toelichting aan te passen.

b. *Positie GUE in het wetsvoorstel*

Het wetsvoorstel introduceert een gegevensuitwisselingsentiteit (GUE). De GUE heeft tot taak de uitwisseling van gegevens tussen de betrokken partijen technisch mogelijk te maken en heeft de vorm van een rechtspersoon. Zij wordt opgericht door de transmissie- en distributiesysteembeheerders, maar haar taken worden apart gezet van de netbeheertaken. De GUE dient, ook ingevolge het Unierecht, haar taken op redelijke, objectieve, transparante en non-discriminatoire wijze uit te voeren.[[48]](#footnote-48) Daarnaast voorziet het voorstel in een grondslag voor een breed overlegorgaan tussen betrokken partijen op de energiemarkt.[[49]](#footnote-49) Dit overleg moet erop gericht zijn te komen tot afspraken die nodig zijn voor een effectieve, efficiënte en betrouwbare elektronische uitwisseling van gegevens ten behoeve van de verschillende gegevensprocessen. De GUE voert haar taak mede op basis van de in dit orgaan gemaakte afspraken verder uit. Dit betreft een inspanningsverplichting. Dat betekent dat wanneer op specifieke onderdelen geen afspraken tot stand mochten komen, het aan de GUE zelf is om hier haar verantwoordelijkheid te nemen en invulling te geven aan de haar opgelegde taken.[[50]](#footnote-50)

i. Verhouding tot bestaande structuren

De Afdeling merkt op dat de structuur van gegevensuitwisseling in de praktijk nu al functioneert onder de naam ‘MFFBAS’, met het Marktfaciliteringsforum (MFF) als (beoogd) overlegorgaan en het Beheerder Afspraken Stelsel (BAS) als (beoogd) GUE. Sinds 1 april 2022 is deze structuur operationeel. In de toelichting wordt niet ingegaan op deze bestaande structuur. Een nadere toelichting ligt wel in de rede, waarbij ook van belang is toe te lichten of het MFFBAS (reeds) geheel aansluit op het voorgestelde wettelijk kader en zo niet, wat daarvoor nog moet gebeuren.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

ii. Onafhankelijke opstelling

In de toelichting wordt het belang benadrukt van een onafhankelijke opstelling van de GUE. Niet duidelijk is waarop deze onafhankelijke opstelling precies ziet. In de toelichting wordt gewezen op het risico dat de systeembeheerders via hun invloed in de GUE hun primaire belangen inzake het netbeheer laten meewegen. Tegelijkertijd wordt onderkend dat marktpartijen ook commerciële of andere belangen hebben bij (toegang tot) gegevens. In dit verband wordt erop gewezen dat de GUE ingevolge voorgesteld artikel 4.16 op redelijke, transparante en niet‑discriminerende wijze dient te handelen. Gelet hierop moet inzichtelijk worden gemaakt ten opzichte van welke partijen of belangen deze onafhankelijkheid moet worden verzekerd.

Het antwoord op deze vraag is (ook) van belang voor de organisatorische ‘checks and balances’ van de GUE. De toelichting wijst op de mogelijkheid van het instellen van een onafhankelijkheidscommissie. Deze zou zich, behalve op de reguliere vormen van bestuur en toezicht binnen een rechtspersoon, specifiek kunnen richten op de onafhankelijke opstelling van de GUE. Verder wordt benadrukt dat deze commissie niet in de weg mag staan aan de taakuitoefening van de GUE. De toelichting biedt op dit punt onvoldoende duidelijkheid. Zo is niet helder of deze commissie daadwerkelijk een plaats krijgt binnen de GUE (al dan niet op verzoek van de betrokken (markt) partijen) en of deze commissie een wettelijke grondslag zou moeten krijgen. Daarnaast is niet duidelijk hoe deze commissie zou zijn samengesteld, op welke wijze deze functioneert binnen de GUE en ten opzichte van het eerder genoemde overlegorgaan MFF en hoe zij in de praktijk de onafhankelijkheid van de GUE waarborgt.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken ten opzichte van welke partijen en/of belangen een onafhankelijke opstelling van de GUE moet worden gewaarborgd. In het verlengde daarvan adviseert de Afdeling de passage in de toelichting over een mogelijke onafhankelijkheidscommissie in het licht van het voorgaande aan te vullen.

iii. Verhouding tot de Elektriciteitsrichtlijn

Ingevolge voorgesteld artikel 4.15, derde lid, is de GUE ook aangewezen als de ‘bevoegde instantie’ in de zin van artikel 23, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. Deze instantie heeft onder meer tot taak regels te stellen over de toegang tot en beheer van gegevens en aan hem kan de taak worden gegeven partijen voor het gegevensbeheer te machtigen of certificeren.[[51]](#footnote-51) In de toelichting wordt opgemerkt dat de GUE als zodanig is aangewezen,[[52]](#footnote-52) maar ontbreekt verder enige nadere toelichting. Zo wordt niet gemotiveerd toegelicht in hoeverre de Elektriciteitsrichtlijn ruimte laat een private partij waarover de netbeheerders zeggenschap hebben, als bevoegde instantie aan te wijzen. Verder ontbreekt een beschouwing op welke taken deze aanwijzing precies betrekking heeft[[53]](#footnote-53) en wat het betekent voor de wijze waarop de GUE haar taken uitvoert.

De Afdeling merkt op dat het in de rede ligt in de toelichting inzichtelijk uiteen te zetten op welke wijze de GUE als bevoegde instantie uitvoering zal geven aan de uit de Elektriciteitsrichtlijn voortvloeiende taken en verplichtingen. Daarbij verdient het volgende bijzondere aandacht.

De GUE dient, als bevoegde instantie, op grond van artikel 23, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn de regels over toegang tot gegevens van de eindafnemer te specificeren. De Afdeling maakt uit de toelichting op dat dit wordt vormgegeven via de procedures voor toegang en uitwisseling van gegevens die de GUE op grond van voorgesteld artikel 4.17 moet opstellen. Uit de richtlijn volgt dat deze regels in overeenstemming moeten zijn met het Unierecht en in het bijzonder de AVG.[[54]](#footnote-54) Ingevolge artikel 24, tweede lid, van de richtlijn stelt de Commissie nadere voorschriften en procedures voor de toegang tot de gegevens vast. De toelichting gaat er niet op in hoe wordt gewaarborgd dat de GUE, als onafhankelijke private rechtspersoon, bij het opstellen van deze procedures de kaders van het Unierecht in acht zal nemen.

De Afdeling adviseert in de toelichting uiteen te zetten op welke wijze de GUE invulling geeft aan zijn taken als bevoegde instantie en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

7. Overige opmerkingen

1. *Onduidelijkheid verbodsbepaling marktdeelnemers*

Het wetsvoorstel voorziet in een verbod voor een marktdeelnemer om een eindafnemer of actieve afnemer (a) ervan te weerhouden elektriciteit te produceren met het oog op eigen verbruik, opslag, verkoop of levering aan derden, of actief te zijn op het gebied van flexibiliteit of energie-efficiëntie, (b) ervan te weerhouden te participeren in een energiegemeenschap, (c) ervan te weerhouden bepaalde rechten uit te oefenen en (d) te benadelen omdat hij bepaalde activiteiten onderneemt of rechten uitoefent.[[55]](#footnote-55) De toelichting vermeldt dat het artikel beoogt te waarborgen dat marktdeelnemers de rechten respecteren die de Elektriciteitsrichtlijn aan eindafnemers of actieve afnemers geeft.

Onduidelijk is wat precies moet worden verstaan onder “ervan te weerhouden” en welke handelingen in strijd met de verbodsbepaling zijn. Het moet echter zoveel mogelijk voorzienbaar zijn welke handelingen onder welke omstandigheden tot strafbaarheid leiden (lex certa, het uit het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voortvloeiende bepaaldheidsgebod).[[56]](#footnote-56) Dat is ook vanuit een oogpunt van effectieve handhaving gewenst.

De Afdeling adviseert in de voorgestelde verbodsbepaling te verduidelijken welke handelingen precies verboden zijn.

b. *Vermijden van “borgen” in wettelijke bepalingen*

In het wetsvoorstel wordt in verschillende wettelijke bepalingen “borgen” gebruikt voor het opdragen van een verplichting aan een normadressaat. Zo luidt een bepaling dat een energiegemeenschap de in de subonderdelen uitgewerkte onderwerpen “borgt” in haar statuten[[57]](#footnote-57).

De Afdeling merkt op dat het gebruik van “borgen” in wettelijke bepalingen dient te worden vermeden. Wat het werkwoord of het begrip “borgen” inhoudt, is onduidelijk. Dergelijke onduidelijkheid is onwenselijk, zeker in het geval dat de wettelijke bepaling een verplichting regelt waartoe een normadressaat gehouden is.

De Afdeling adviseert in de verschillende bepalingen in het wetsvoorstel “borgen” te vervangen door een werkwoord dat preciezer uitdrukking geeft aan de reikwijdte van de specifieke verplichting, zoals vastleggen, vaststellen of opnemen.

c. *Exclusieve bevoegdheden ACM*

De Elektriciteits- en Gasrichtlijn verlenen de nationale regulerende instanties, zoals de ACM, een aantal uiteenlopende reguleringsbevoegdheden,[[58]](#footnote-58) die zij in volledige onafhankelijkheid van alle publieke en particuliere belangen moeten kunnen uitoefenen.[[59]](#footnote-59) Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat deze onafhankelijkheid impliceert dat zij niet onderworpen mogen zijn aan externe instructies van publieke of particuliere instanties.[[60]](#footnote-60) Derhalve geldt ook dat de wetgever niet bevoegd is regels te stellen die de nationale regulerende instanties beperkt in de wijze waarop zij de aan haar toebedeelde Europese reguleringstaken uitvoert,[[61]](#footnote-61) hetgeen in de toelichting ook wordt onderkend.[[62]](#footnote-62)

De ACM heeft in haar uitvoeringstoets opgemerkt dat het aan haar voorgelegde wetsvoorstel wat dit betreft een aantal verbeteringen kent ten opzichte van de consultatieversie, onder meer doordat een aantal voorschriften over de wijze waarop zij de tarieven van netbeheerders vaststelt is geschrapt. De ACM wijst er echter ook op dat een aantal bepalingen nog altijd haar bevoegdheid om tarieven en voorwaarden voor netbeheerders vast te stellen inperkt. Daarbij wijst de ACM op een aantal bepalingen in het voorstel ten aanzien van de tariefregulering, die zij in haar artikelsgewijze commentaar bij de uitvoeringstoets nader toelicht.[[63]](#footnote-63)

In de toelichting wordt in algemene zin opgemerkt dat het wetsvoorstel op de door de ACM genoemde punten in het licht van de Europeesrechtelijke kaders en jurisprudentie is nagelopen en herzien.[[64]](#footnote-64) Op welke onderdelen het voorstel precies is herzien wordt daarbij niet toegelicht.[[65]](#footnote-65)

De Afdeling adviseert de toelichting ten aanzien van voornoemde punten aan te vullen.

d. *Nadere regels bij amvb over andere gasvormige stoffen*

Het voorstel voorziet erin dat bij algemene maatregel van bestuur de wet en daarop berustende bepalingen geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaard kunnen worden op andere gasvormige stoffen dan gas.[[66]](#footnote-66) Volgens de toelichting gaat het daarbij om een beleidsneutrale omzetting van een gelijke bepaling in de Gaswet.

De Afdeling merkt op dat volgens de toelichting bij de Gaswet daarbij vooral gedacht moest worden aan synthetisch gas en afwijkende biogassen.[[67]](#footnote-67) Synthetisch gas is methaan en valt reeds onder de in het wetsvoorstel opgenomen definitie van gas. Ook biogas zal waarschijnlijk als hernieuwbaar gas kunnen worden aangemerkt en daarmee onder de definitie van gas vallen. Daarmee lijkt deze bepaling voor gasvormige stoffen overbodig.

Onduidelijk is of bedoeld is deze bepaling ook te laten gelden voor waterstof. Waterstof is een ander soort gas met andere eigenschappen die niet zonder meer in de bestaande infrastructuur is in te voeden. Bovendien heeft waterstof een plaats gekregen in de voorstellen van de Europese Commissie van december 2021 om te komen tot wijziging van de Gasrichtlijn en de Gasverordening. Een en ander zal op juiste manier moeten worden geïmplementeerd. Daarbij is onduidelijk of het van toepassing verklaren van (delen van) de Energiewet zonder meer mogelijk is.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting bij het voorstel nader in te gaan en het voorstel aan te passen.

8. Eindoordeel

De Afdeling ziet geen meerwaarde in de samenvoeging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet op dit moment, terwijl samenvoeging wel risico’s heeft, onder meer uit oogpunt van het Unierecht. De Afdeling heeft verschillende alternatieven voor samenvoeging genoemd. Indien niet voor één van die alternatieven wordt gekozen, adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom dat niet gebeurt, mede in het licht van het gegeven dat de elektriciteits- en gasmarkten sterk en langdurig in beweging zijn en daarmee de wetgeving op deze terreinen ook.

Naast deze algemene opmerking, adviseert de Afdeling in het wetsvoorstel onder andere een regeling ter bescherming van kwetsbare afnemers en prioriteringsregels voor de uitbreidingsinvesteringen van netbeheerders op te nemen. Ook adviseert de Afdeling een doenvermogentoets te verrichten en concreet toe te lichten hoe de bepalingen in het voorstel met betrekking tot de gegevensverwerking voldoen aan de eisen van de AVG.

Tegen deze achtergrond komt de Afdeling tot het eindoordeel dat het voorstel nader dient te worden overwogen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.  
  
  
De vice-president van de Raad van State,

1. Memorie van toelichting, paragraaf 1.2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van richtlijn 2012/27/EU (PbEU 2019, L 158). [↑](#footnote-ref-2)
3. Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG (PbEU 2009, L 211). [↑](#footnote-ref-3)
4. Memorie van toelichting, paragraaf 1.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. [↑](#footnote-ref-5)
6. Toelichting bij aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. [↑](#footnote-ref-6)
7. Memorie van toelichting, paragraaf 1.1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Zo is de Europese Commissie recent een consultatie gestart voor herziening van onder andere de (vierde) Elektriciteitsrichtlijn met het doel consumenten beter tegen excessieve prijzen te beschermen. Website van de Europese Commissie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13668-Electricity-market-reform-of-the-EUs-electricity-market-design\_en. [↑](#footnote-ref-8)
9. Memorie van toelichting, paragraaf 1.4.1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markten voor hernieuwbare gassen, aardgas en waterstof COM/2021/803/final/2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artikel 28 van de Elektriciteitsrichtlijn en voorgesteld artikel 25 van het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markten voor hernieuwbare gassen, aardgas en waterstof. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artikel 28, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artikel 5, tweede lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 3, vierde lid, van de Gasrichtlijn. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artikel 5, eerste lid, van de Elektriciteitsrichtlijn en voorgesteld artikel 4, eerste lid van van het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markten voor hernieuwbare gassen, aardgas en waterstof. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artikel 5, derde en vierde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artikel 95b, tweede tot en met vijfde lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 44 van de Gaswet. [↑](#footnote-ref-16)
17. Zie ook: Vangnet in transitie, Autoriteit Consument en Markt, juli 2019, paragraaf 1.3 en Memorie van toelichting Elektriciteitswet. [↑](#footnote-ref-17)
18. Uitvoerbaarheid- en handhaafbaarheidstoets van de ACM op het wetvoorstel Energiewet, kenmerkt ACM/UIT/571519. [↑](#footnote-ref-18)
19. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markten voor hernieuwbare gassen, aardgas en waterstof, COM/2021/803/final/2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 2.6 (“voorwaarden voor leveranciers”). [↑](#footnote-ref-20)
21. Artikel 3, derde lid van Richtlijn 2009/72. [↑](#footnote-ref-21)
22. Memorie van toelichting, paragraaf 3.6. [↑](#footnote-ref-22)
23. Financiële eisen energieleveranciers & positie consument bij faillissement van een energieleverancier, Sira Consulting, 3 augustus 2022. [↑](#footnote-ref-23)
24. Memorie van toelichting, paragraaf 3.5 [↑](#footnote-ref-24)
25. Memorie van toelichting, paragraaf 11.2 [↑](#footnote-ref-25)
26. Klimaat en Energieverkenning 2022, paragraaf 4.3 Infrastructuur, Planbureau voor de leefomgeving. [↑](#footnote-ref-26)
27. Zie voor een indicatief inzicht in realisatietermijnen van elektriciteitsstations en -verbindingen: Basisinformatie over energie-infrastructuur, hoofdstuk 3, Netbeheer Nederland, 24 mei 2019. [↑](#footnote-ref-27)
28. Uitvoerbaarheid- en handhaafbaarheidstoets van de ACM op het wetsvoorstel Energiewet, ACM, 25 februari 2022. [↑](#footnote-ref-28)
29. Toelichting, paragraaf 13.2 (“ACM: toets op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid”), onder “Capaciteit op het elektriciteitsnet (1.2)” en artikelsgewijze toelichting bij artikelen 3.34, 3.35 en 3.36. [↑](#footnote-ref-29)
30. Kamerstukken II 2022/23, 29023, nr. 343, blz. 6. [↑](#footnote-ref-30)
31. Zie ook de in artikel 9 van de Elektriciteitsrichtlijn geboden mogelijkheid van het opleggen van openbare dienstverplichtingen. [↑](#footnote-ref-31)
32. ACM, “Rapportage Toetsing investeringsplannen netbeheerders elektriciteit en gas 2022”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Artikelen 32, derde lid, en 51 van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-33)
34. Zie expliciet over duurzaamheid artikel 31,vierde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-34)
35. Vergelijk voor wat betreft de DSB’s artikel 31, tweede lid en, voor wat betreft de TSB’s artikel 40, eerste lid onder f van de Elektriciteitsrichtlijn. Dit discriminatieverbod geldt ten algemene en is daarom ook relevant wanneer systeembeheerders investeringsplannen opstellen ten behoeve van een bepaalde klantaanvraag. [↑](#footnote-ref-35)
36. Dat kan het geval zijn wanneer een investering is bedoeld voor de uitbreiding ten behoeve van bepaalde categorieën industriële afnemers (of typen afnemers) of wanneer investeringen voor specifieke energiebronnen (zoals wind- of zonne-energie) worden geprioriteerd. [↑](#footnote-ref-36)
37. Artikel 9 van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-37)
38. Kamerstukken II 2022/23, 29023, nr. 343, blz. 8. [↑](#footnote-ref-38)
39. Hoofdstuk 4 bevat op dit terrein de kern maar ook in hoofdstuk 2 en 3 zijn enkele datagerelateerde bepalingen opgenomen. Zie Memorie van toelichting, hoofdstuk 6, paragrafen 10.1, 11.5, 12.4, 13.2 en 13.7 en de artikelsgewijze toelichting. [↑](#footnote-ref-39)
40. Voorgestelde afdeling 4.1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Voorgestelde afdeling 4.2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG. [↑](#footnote-ref-42)
43. Zie bijvoorbeeld Memorie van toelichting, paragraaf 11.5. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ook in bijvoorbeeld de Elektriciteitsrichtlijn komt dit tot uitdrukking: artikel 23, derde lid. [↑](#footnote-ref-44)
45. Memorie van toelichting, paragraaf 11.5. [↑](#footnote-ref-45)
46. Memorie van toelichting, paragraaf 6.1, slotalinea. [↑](#footnote-ref-46)
47. Advies AP, paragraaf 5. [↑](#footnote-ref-47)
48. Voorgestelde afdeling 4.3, in het bijzonder de artikelen 4.16 en 4.17. Deze eisen vloeien voort uit de eisen die ingevolge de Europese richtlijnen aan de systeembeheerders worden gesteld. [↑](#footnote-ref-48)
49. Voorgesteld artikel 4.25. [↑](#footnote-ref-49)
50. Memorie van toelichting, paragraaf 6.6.2. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ingevolge artikel 23, vierde lid van de Elektriciteitsrichtlijn [↑](#footnote-ref-51)
52. Memorie van toelichting, paragraaf 6.6.1 (“De rol en taakstelling van de gegevensuitwisselingsentiteit”). [↑](#footnote-ref-52)
53. Het komt de Afdeling voor dat er niet voor is gekozen de GUE de bevoegdheid te geven partijen te machtigen of certificeren voor gegevensbeheer, als bedoeld in artikel 23, vierde lid van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-53)
54. Artikel 23, derde lid van de Elektriciteitsrichtlijn. [↑](#footnote-ref-54)
55. Artikel 2.4, eerste lid, onderdelen a en b. [↑](#footnote-ref-55)
56. Artikel 16 Grondwet en artikel 1 Sr. [↑](#footnote-ref-56)
57. Of in het geval van een personenvennootschap, in een overeenkomst; art. 2.5 (Voorwaarden energiegemeenschap). [↑](#footnote-ref-57)
58. Vergelijk artikel 59 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 41 van de Gasrichtlijn. [↑](#footnote-ref-58)
59. Vergelijk artikel 57 van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 39 van de Gasrichtlijn. [↑](#footnote-ref-59)
60. HvJ 11 juni 2020, *Prezident Slovenskej republiky*, C‑378/19, EU:C:2020:462, punt 54. [↑](#footnote-ref-60)
61. HvJ 2 september 2021, *Commissie/Duitsland*, C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, punt 112. [↑](#footnote-ref-61)
62. Toelichting, paragraaf 5.5 (“Tariefregulering”). [↑](#footnote-ref-62)
63. Uitvoerbaarheid- en handhaafbaarheidstoets van de ACM op het wetvoorstel Energiewet, kenmerkt ACM/UIT/571519, paragraaf 2.1 en voorts het artikelsgewijze commentaar, bij onder meer artikelen 3.34, 3.38, 3.46, 3.111, 3.112, 3.113, 3.114, 3.121 en 3.122. [↑](#footnote-ref-63)
64. Toelichting, paragraaf 13.2 (“ACM: toets op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid”). [↑](#footnote-ref-64)
65. De artikelen 3.112, 3.113 en 3.114 van het voorstel, voor zover het gaat om de keuze voor ACM tussen omzet- of tariefregulering en de bepalingen in artikel 3.122 ten aanzien van de tariefregulering voor het net op zee, lijken bijvoorbeeld niet te zijn gewijzigd. [↑](#footnote-ref-65)
66. Voorgesteld artikel 1.2 [↑](#footnote-ref-66)
67. Kamerstukken II 2003/4, 29.372, nr. 3, blz. 56. [↑](#footnote-ref-67)