

# Toezicht op investeringen in de energiesystemen

3

S. Lavrijssen\* en B. Dorrestein\*\*

*De transitie naar een duurzame energievoorziening vereist dat de komende jaren miljarden aan investeringen in de energienetwerken worden gedaan. Het is van immens belang dat adequaat toezicht wordt gehouden op de investeringen door de netbeheerder om te zorgen dat het investeringsniveau niet te hoog of te laag is. Een recent rapport van de Rekenkamer is echter zeer kritisch over het toezicht op de investeringen en investeringsplannen van TenneT door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Minister van EZ. Dit artikel onderzoekt of het toezicht op de investeringsplannen voldoende onafhankelijk plaatsvindt, of het toezicht voldoende is ontvlochten van de financiële belangen van de staat in de productie en levering van energie en of het toezicht voldoende omvattend is. Het doet concrete suggesties voor de verbetering van het toezicht op de investeringsplannen.*

## I. Inleiding

De Europese Unie en haar lidstaten staan voor grote uitdagingen bij het terugdringen van de CO<sub>2</sub>-uitstoot en het tegengaan van klimaatverandering. Binnen de EU bereikte de Europese Raad in 2014 overeenstemming over de doelstellingen van een reductie van ten minste 40% van de uitstoot van broeikasgassen in 2030 (ten opzichte van 1990) en van 80-95% (ten opzichte van 1990) in 2050. Daarnaast wordt gestreefd naar een aandeel van ten minste 27% van duurzame opgewekte energie in de EU en een verbetering van de energie-efficiëntie van ten

minste 27% in het energieverbruik in 2030.<sup>1</sup> In het energieakkoord voor duurzame groei hebben ruim 40 Nederlandse partijen afgesproken dat in 2023 het aandeel hernieuwbare energie in de energiemix 23% moet beslaan.<sup>2</sup> Daarnaast moet jaarlijks gemiddeld 1,5% worden bespaard op het energieverbruik. In het Energierapport 2015 'Transitie naar duurzaam' spreekt de Nederlandse regering de ambitie uit om de uitstoot van broeikasgassen in 2050 met 80-95% terug te dringen op Europees niveau en aan te sluiten op de relevante Europese afspraken, zoals het Emissiehandelssysteem.<sup>3</sup> In de Energieagenda stelt de Minister van Economische Zaken (EZ) dat het kabinet in de energietransitie naar 2030 en 2050 op één enkelvoudig doel stuurde, namelijk het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen ('sturen op CO<sub>2</sub>-reductie').<sup>4</sup> Energiebesparing en de bevordering van de opwekking en het gebruik van duurzame energie worden gezien als middelen om tot de CO<sub>2</sub>-reductie te komen.

De transmissie- en distributiesystemen vormen tot op de dag van vandaag de ruggengraat van de energievoorziening in de lidstaten van de EU en spelen een belangrijke rol bij het realiseren van de transitie naar een duurzame energievoorziening. Deze systemen maken het mogelijk dat energie wordt getransporteerd, kan worden in- en uitgevoerd en uiteindelijk aan de afnemers kan worden geleverd. De systeembeheerders vervullen daarom een cruciale rol in de waarborging van de veiligheid en de leveringszekerheid van de afnemers. Net zoals de huidige wetgeving is de architectuur van deze transportsystemen voornamelijk nog gebaseerd op het traditionele model van centrale productie en levering van energie op de vraag van een passieve afnemer en niet op een slim duurzaam energiesysteem. Daarom is de verwachting dat de komende jaren miljarden aan investeringen in de netwerken moeten worden gedaan om deze systemen slim te maken, onder andere door te investeren in vereiste ICT-toepas-

\* Prof. dr. S. Lavrijssen is hoogleraar Economic Regulation and Market Governance aan Tilburg University.

\*\* Bernd Dorrestein is masterstudent Business Law aan Tilburg University.

1 Besluit van de Raad van de Europese Unie, EUCO 169/14, Mededeling van de Europese Commissie, 'Een beleidskader voor klimaat en energie in de periode 2020-2030', COM/2014/015 final. Mededeling van de Europese Commissie, 'Stappenplan Energie 2050', COM/2011/0885 final. De Europese klimaatdoelstellingen voor 2020 werden eerder door de Raad van de Europese Unie vastgesteld in de Conclusies van het Voorzitterschap, 7224/1/07 REV 1.

2 SER, Energieakkoord voor duurzame groei, 2013, [www.energieakkoordser.nl/](http://www.energieakkoordser.nl/); geraadpleegd op 28 april 2016.

3 Ministerie van Economische Zaken, *Transitie naar Duurzaam*, Energierapport, 2016, p. 5-6.

4 Ministerie van Economische Zaken, Energieagenda, Naar een CO<sub>2</sub>-arme energievoorziening, december 2016, [www.rijksverheid.nl/actueel/nieuws/2016/12/07/kabinet-schetst-route-naar-co2-arme-energievoorziening](http://www.rijksverheid.nl/actueel/nieuws/2016/12/07/kabinet-schetst-route-naar-co2-arme-energievoorziening).

singen en netwerktypologie en om de betrouwbaarheid en veiligheid van het netwerk te kunnen waarborgen.<sup>5</sup> Een slim duurzaam energiesysteem is een energiesysteem dat gebruikmaakt van tweezijdige informatiestromen, zowel van de consument als de producent, en deze combineert met ICT-toepassingen om vraag en aanbod van duurzame energie op efficiënte wijze met elkaar te kunnen matchen.<sup>6</sup> Naast dat veel investeringen moeten worden gedaan in de distributienetwerken, zal ook een groot deel van de investeringen in de transmissienetwerken plaats moeten vinden, voor een betrouwbaar grensoverschrijdend transport van de duurzaam opgewekte energie. De duurzaam opgewekte energie is meer fluctuerend van aard, waardoor lidstaten, transmissie- en distributiesysteembeheerders meer (grensoverschrijdend) moeten samenwerken om pieken en dalen in de duurzame energieproductie op te vangen en aanbod en vraag op efficiënte wijze in balans te brengen.<sup>7</sup>

Indien onvoldoende wordt geïnvesteerd in de energiesystemen kan dit vertraging van de energietransitie opleveren en/of de betrouwbaarheid van het energiesysteem in gevaar brengen. Overinvesteringen zorgen daarentegen voor te hoge kosten voor de netgebruiker. De onafhankelijke toezichthouder de Autoriteit Consument en Markt (ACM), en in het geval van grote investeringen ook de Minister van EZ, zijn verantwoordelijk voor dit toezicht. Een recent rapport van de Rekenkamer is zeer kritisch over het door de minister en de ACM uitgevoerde toezicht op de investeringen en investeringsplannen van TenneT, de beheerder van het landelijk transmissiesysteem.<sup>8</sup> De conclusie van dit rapport is dat de ACM en de Minister van EZ onvoldoende toezien of de investeringen die TenneT doet in het hoogspanningsnet doelmatig (niet te duur) zijn.<sup>9</sup> Daardoor valt niet te zeggen of de tarieven die TenneT voor het transport van elektriciteit in rekening brengt bij de netwerkgebruikers, te hoog of te laag zijn. Gelet op het bovenstaande is de centrale vraag van dit artikel:

‘Is het toezicht op de investeringsplannen van de transmissiesysteembeheerder in Nederland adequaat geregeld?’

Aangezien zoveel investeringen in de energienetwerken moeten worden gedaan in verband met de energietransitie en deze investeringen uiteindelijk (via de netwerk-tarieven) moeten worden betaald door de energieconsumenten

ten, is van groot belang dat de toezichthoudende instanties op basis van objectieve en consistente maatstaven beoordelen of de investeringen daadwerkelijk nodig zijn en of de kosten niet te hoog of te laag zijn. Daarbij wordt met name gekeken of het toezicht voldoende onafhankelijk van de politiek en de marktpartijen plaatsvindt, of het toezicht op de netwerken voldoende is ontvlochten van de financiële belangen van de Staat in de productie en levering van energie en of het toezicht voldoende omvattend is. Met de omvattendheid van het investeringsplan wordt bedoeld of het plan informatie bevat of de geplande investeringen geschikt en noodzakelijk zijn voor de realisering van de capaciteitsbehoeften, welke nieuwe investeringen moeten worden gedaan en of wordt gekeken naar de meest doelmatige alternatieven. Dit onderzoek zal zich met name richten op het toezicht op de investeringen van de transmissiesysteembeheerder op het gebied van elektriciteit, omdat transmissiesysteembeheerders zijn onderworpen aan de meest vergaande Europese regelgeving. Daarnaast biedt het recente rapport van de Rekenkamer interessante aanknopingspunten voor de wijze waarop het toezicht in de praktijk wordt uitgeoefend.<sup>10</sup>

De beantwoording van de centrale vraag van dit onderzoek geschiedt door middel van een juridisch onderzoek op basis van een analyse van relevante literatuur, wetgeving, rechtspraak en de evaluatie van een praktijkvoorbeeld. Eerst wordt ingegaan op de beginselen van goed toezicht en wat deze betekenen voor het toezicht op de investeringsplannen en investeringen van de transmissiesysteembeheerder. Vervolgens wordt onderzocht wat de Europese eisen zijn inzake de onafhankelijkheid en omvattendheid van het toezicht op de investeringsplannen. Daarna wordt bekeken hoe de situatie inzake het toezicht op de investeringsplannen is geregeld in Nederland, hoe dit zich verhoudt tot het Europees recht en of het toezicht in Nederland voldoende omvattend en onafhankelijk is geregeld. Als laatste zal het wetsvoorstel Voortgang Energietransitie worden behandeld om te bezien of, en hoe het toezicht op investeringsplannen in de toekomst gaat veranderen. Daarbij wordt stilgestaan bij mogelijke veranderingen in de Europese wetgeving inzake het toezicht op investeringsplannen. De bijdrage sluit af met een conclusie en aanbevelingen.

- 5 S. Lavrijssen, *Waarborgen voor de energieconsument in de energietransitie* (oratie Tilburg), 2016, p. 16-18. Systeembeheerders in Nederland schatten, dat er tot 2050 circa € 20 tot 71 miljard (afhankelijk van het gekozen scenario) moet worden geïnvesteerd in de vervanging en uitbreiding van huidige systemen in Nederland, Netbeheer Nederland, *Netbeheer voor de Toekomst*, p. 38, [www.netbeheernederland.nl/Content/Files/373\\_320008-Rapport%20Net%20voor%20de%20Toekomst.pdf](http://www.netbeheernederland.nl/Content/Files/373_320008-Rapport%20Net%20voor%20de%20Toekomst.pdf); geraadpleegd december 2016.
- 6 Hier wordt aangesloten bij de definitie van de Europese Commissie: ‘A Smart Grid is an electricity network that can cost efficiently integrate the behavior of all users connected to it – generators, consumers and those that do both – in order to ensure economically efficient, sustainable power system with low losses and high levels of quality and security of supply and safety’, Standardization Mandate to European Standardization Organizations (ESOs) to support European Smart Grid Deployment, Brussel 1 maart 2011, M490. Zie R. Hoenkamp, *Safeguarding EU Policy Aims and Requirements in Smart Grid Standardization* (diss. Amsterdam UvA), 's-Hertogenbosch: Uitgeverij BOXPress 2015, p. 4.
- 7 Communication from the Commission ‘Clean Energy for All Europeans’, COM/2016/860 final.
- 8 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 28165, 181.
- 9 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 28165, 181, p. 9.
- 10 W. Blyth, R. Bradley e.a., ‘Investment risks under uncertain climate change policy’, *Energy Policy* 35, 2007, p. 5766-5773.

## 2. De transmissiesysteembeheerder en toezicht

### 2.1. De hoofdlijnen van het toezicht

In de Europese regelgevingspakketten betreffende de interne markt voor gas en elektriciteit is gekozen voor ontvlechting van het transmissiesysteembeheer van de productie- en leveringsactiviteiten.<sup>11</sup> Daar waar de eerdere pakketten functionele en juridische ontvlechting in het leven riepen voor het beheer van de transmissienetwerken, heeft het derde energiepakket volledige eigendomsontvlechting geïntroduceerd voor de transmissiesysteembeheerders. De transmissiesysteembeheerder heeft een natuurlijk<sup>12</sup> en wettelijk monopolie voor het beheer van het transmissienet en voor de invoer en uitvoer van elektriciteit.<sup>13</sup> De transmissiesysteembeheerder ontleent een aantal kerntaken aan de Europese richtlijnen, die in nationale wetgeving zijn omgezet.<sup>14</sup> Deze taken zijn onder andere het systeembeheer, de verantwoordelijkheid voor het aanleggen en het beheren van de aansluitingen, het verlenen van toegang tot het net aan de systeemgebruikers, het balanceren van vraag en aanbod en het verstrekken van informatie die systeemgebruikers nodig hebben voor efficiënte toegang tot het energiesysteem.<sup>15</sup>

Eenzijds heeft de transmissiesysteembeheerder als gevolg van dit monopolie een economische machtspositie<sup>16</sup> en is misbruik hiervan, zoals verboden door artikel 102 VWEU, een reëel risico. Anderzijds levert de transmissiesysteembeheerder een dienst van groot belang voor de economie en samenleving en dient continuering van deze dienst te worden gewaarborgd. De nationale toezichthoudende autoriteiten spelen een sleutelrol bij het toezicht op en de regulering van de transmissiesysteembeheerders.<sup>17</sup> De ACM bepaalt en toetst of de transmissiesysteembeheerder voldoet aan zijn wettelijke verplichtingen. Ter voorkoming van misbruik van machtspositie

door de systeembeheerders, is een systeem van tariefregulering tot stand gebracht op grond waarvan de ACM de voorwaarden, de methodes voor de vaststelling van de tarieven en de tarieven voor toegang tot de energienetwerken (de aansluitingen en het transport van energie) reguleert. Deze regulering prikkelt systeembeheerders om kostenefficiënt te werken en om de tarieven voor netgebruikers betaalbaar te houden. Daarnaast richt de energieregulering zich op het waarborgen van een betrouwbare en duurzame energievoorziening.<sup>18</sup> De toezichthoudende autoriteiten hebben ruime discretionaire bevoegdheden en kunnen op grond daarvan bij het vaststellen van algemene regels of bij het nemen van een besluit ten behoeve van regulering verschillende belangen tegen elkaar afwegen om tot een oordeel te komen.<sup>19</sup> Tegelijkertijd gelden strikte Europese onafhankelijkheidsvereisten voor nationale toezichthoudende autoriteiten.<sup>20</sup> Deze strikte onafhankelijkheidsvereisten hebben tot doel een onpartijdige en transparante regulering door de toezichthoudende autoriteit te waarborgen. Deze onafhankelijkheid is in het bijzonder van belang in sectoren die van oudsher sterk zijn verweven met de overheid en waar de staat, zoals in de energiesector, nog steeds een (100%-)aandeel in de transmissiesysteembeheerder heeft.<sup>21</sup>

Anders dan wanneer een bestuursorgaan onder volledige verantwoordelijkheid van een minister valt en aan hem verantwoording moet afleggen, is het politiek toezicht op de toezichthouder in beginsel beperkt tot de hoofdlijnen. De minister is verantwoordelijk voor het wettelijk kader inclusief het toezichtstelsel, wat de verantwoordelijkheid voor de instelling en inrichting van het toezicht als zodanig en het functioneren van de toezichthoudende autoriteit omvat.<sup>22</sup> Bij de behandeling van het wetsvoorstel Stroom bleek wel dat de onafhankelijkheid van de ACM een gevoelig punt blijft.<sup>23</sup> De minister heeft de neiging om de bevoegdheid naar zich toe te trekken om gedetailleerde regels te stellen inzake de regulering van de transmissie- en distributiesystemen, waardoor hij in conflict komt met de Europese eis dat de ACM haar regu-

11 Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/56; 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 211/94; Verordening (EG) 715/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van Verordening (EG) 1775/2005, *PbEU* 2009, L 211/36; Verordening (EG) 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening (EG) 1228/2003, *PbEU* 2009, L 211/15 en Verordening (EG) 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators, *PbEU* 2009, L 211/1. De Europese Commissie heeft een aantal voorstellen ingediend tot wijziging van (een deel van de) Europese energierichtlijnen en verordeningen alsmede voor nieuwe verordeningen inzake de totstandbrenging van een Europese Energie Unie en de overgang naar een CO<sub>2</sub>-neutrale economie. Communication from the Commission 'Clean Energy for All Europeans', COM/2016/860 final. Zie ook [http://ec.europa.eu/priorities/priorities/energy-union-and-climate/proposals-clean-energy-all-europeans\\_nl](http://ec.europa.eu/priorities/priorities/energy-union-and-climate/proposals-clean-energy-all-europeans_nl).

12 Het naast elkaar bestaan van concurrerende elektriciteitsnetwerken is economisch niet rendabel.

13 Artikel 12 Richtlijn 2009/72/EG en artikel 16 e.v. Elektriciteitswet 1998.

14 Deze kernactiviteiten zijn vastgelegd in artikel 16 e.v. Elektriciteitswet 1998.

15 Lavrijsen 2016, p. 16-18; artikel 12 Richtlijn 2009/72/EG.

16 HvJ EG, 27/76 (*United Brands*).

17 In Engelse literatuur wordt gesproken van National Regulatory Authorities, afgekort NRAs. Zie artikel 37 Richtlijn 2009/72/EG.

18 *Kamerstukken II* 2008/09, 31901, 1-2, p. 44.

19 Zie artikel 37 lid 1 en 4 Richtlijn 2009/72/EG.

20 Artikel 35 Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 Richtlijn 2009/73/EG.

21 Zie L. Hancher, P. Larouche & S.A.C.M. Lavrijsen, 'Principles of good market governance', *Journal of Network Industries* 2003, afl. 4, p. 361-362.

22 De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Zie hierover S.A.C.M. Lavrijsen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 96-98 en L.M. Schouten & A.J.C. de Moor-van Vugt, 'De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt', *SEW* 2015, afl. 2, p. 64-65.

23 S. Lavrijsen, 'Het wetsvoorstel Stroom, waar is de consument gebleven', *Energie Actueel* 2014, november.

leringstaken onafhankelijk moet kunnen uitvoeren (zie par. 4).<sup>24</sup>

Het toezicht en de regulering van de systeembeheerders, wordt steeds meer geregeld door het Europees recht. Door de achtereenvolgende Europese wetgevingspakketten is de samenwerking tussen de nationale toezichthoudende autoriteiten versterkt.<sup>25</sup> De samenwerking begon informeel tussen Europese netwerken van toezichthoudende autoriteiten, maar werd geleidelijk aan verder geformaliseerd. Dit resulteerde uiteindelijk in de oprichting van een Europees onafhankelijk agentschap, namelijk het Agency for the Cooperation of the Energy Regulators (ACER) in 2011.<sup>26</sup> ACER is een Europees agentschap dat de taak heeft om de samenwerking tussen de nationale toezichthoudende autoriteiten te bevorderen, bij te dragen aan consistente toepassing van het EU-recht en advies te leveren aan de Europese Commissie.<sup>27</sup> De oprichting van ACER markeert een verdere harmonisatie van de samenwerking tussen de nationale autoriteiten.

## 2.2. Terminologie

Omwille van de helderheid moet een aantal kernbegrippen van deze bijdrage worden verduidelijkt. De term 'investeringsplan' kan op meerdere manieren worden uitgelegd, namelijk het plan om een bepaalde investering te doen of een planning van de toekomstige investeringen over een bepaalde periode. Ter voorkoming van verdere verwarring, zal in het eerste geval worden gesproken over investeringen en in het tweede geval over een investeringsplan.

Daarnaast wordt in de Europese energierichtlijnen verwezen naar een investeringsplan, een netontwikkelingsplan en een tienjarig netontwikkelingsplan voor de gehele EU.

In de Europese richtlijnen en verordeningen zijn een netontwikkelingsplan en een investeringsplan vergelijkbaar.<sup>28</sup> Naar aanleiding hiervan wordt aangenomen dat de Europese Commissie geen inhoudelijk verschil beoogt tussen deze termen en dat het gebruik van verschillende termen het gevolg is van het onderhandelingsproces in de Europese wetgevingsprocedure, zoals dat vaker voorkomt.<sup>29</sup> In deze bijdrage wordt verwezen naar de termen overeenkomstig het gebruik in de relevante bepalingen in de Europese richtlijnen en wetgeving.

## 3. Uitgangspunten voor goed toezicht

De beginselen van goed toezicht zijn van belang voor de organisatie van economisch toezicht op de energiesector en op de investeringsplannen van de systeembeheerders.<sup>30</sup> Deze beginselen verwoorden de fundamentele waarden die als basis dienen voor de vormgeving van wet- en regelgeving voor toezichtarrangementen in markten.<sup>31</sup> De beginselen komen terug in soft-law-documenten van internationale organisaties zoals de OESO en van Europese instanties zoals de Europese Commissie.<sup>32</sup> De beginselen van goed toezicht, zoals de beginselen van onafhankelijkheid, transparantie, participatie, accountability en effectieve rechtsbescherming, zijn inmiddels verankerd in Europese en nationale wettelijke bepalingen inzake de regulering van de netwerksectoren, zoals de Europese energie- en elektronische communicatierichtlijnen.<sup>33</sup> In de EU kunnen de beginselen van goed toezicht ook worden geïdentificeerd als algemene rechtsbeginselen.

24 Lavrijssen, *Energie Actueel* 2014, november.

25 S. Lavrijssen & I. Bordei, 'ACER: Demystifying the European Energy Supervisor from a Consumer Perspective', *Oil Gas & Energy Law Intelligence* 2012/10, afl. 5, p. 1-26, M.L.P. Groenleer, 'Toezicht op de energiesector; tussen nationale belangen en Europese invloed', *SEW* 2015, afl. 9, p. 385-397 en S.A.C.M. Lavrijssen & L. Hancher, 'Networks on Track: From European Regulatory Networks to European Regulatory Network Agencies', *Legal Issues of Economic Integration* 2009, afl. 1, p. 23-55.

26 Verordening (EG) 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators, *PbEU* 2009, L 211/1. Zie ook Marco Zinzani, *Market Integration through 'Network Governance'*, *The Role of European Agencies and Networks of Regulators*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2012.

27 R. van Ooik, 'The Growing Importance of Agencies in the EU: Shifting Governance and the Institutional Balance', in: D.M. Curtin & R.A. Wessel (red.), *Good Governance and The European Union, Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 134.

28 Zie bijvoorbeeld artikel 37 lid 1 onderdeel g Richtlijn 2009/72/EG en artikel 8 lid 10 Verordening (EG) 714/2009.

29 *Kamerstukken II* 2011/12, 32814, 7, p. 3.

30 Zie M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht – Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op financiële markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014. Zie ook A.T. Ottow, *Markets and Competition Authorities, Good Agency Principles*, Oxford: Oxford University Press 2015.

31 L. Hancher, P. Larouche & S. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX, afl. 2, p. 344.

32 Europese Commissie, *European governance – a white paper*, COM/2001/428 final. Zie ook OECD, *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, 2012 en OECD, *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation [C(95)21/FINAL]*, including the OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-making. Zie ook H. Addink, 'Governance and Norms: An Interdisciplinary Approach of Good Governance', in: A. Colombi Ciacchi e.a. (red.), *Law & Governance – Beyond the Public-Private Law Divide?*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013, p. 241-272; H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', in: D. Curtin & R. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union – Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia 2005, p. 35; H. Addink, *Goed bestuur*, Deventer: Kluwer 2010, p. 28; Aelen 2014; M. de Visser, *Network-based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 78-102.

33 Richtlijn 2002/21/EG, *PbEG* 2002, L 108/33, zoals gewijzigd door artikel 3 lid 3bis Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische com-

len van het EU-recht, omdat het HvJ EU ze (grotendeels) als dusdanig heeft erkend in de Europese rechtspraak.<sup>34</sup> Dit betekent dat ze bindend zijn bij de implementatie en uitvoering van het algemene en specifieke EU-recht door de wetgever. Deze beginselen van goed toezicht vormen een waarborg om te voorkomen dat bedrijven misbruik van hun machtspositie maken en de consumenten benadelen. De beginselen worden gebruikt als normatief kader voor de beoordeling van de vormgeving van toezicht in netwerksectoren.<sup>35</sup> Naleving van deze beginselen vormt een goed fundament voor een goed en effectief toezicht op markten, waaronder de energiemarkt.<sup>36</sup>

Een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid uit 2013 noemt de kernwaarden onpartijdigheid, onafhankelijkheid en transparante verantwoording.<sup>37</sup> Ook het markttoezichthoudersberaad (een overlegstructuur van de markttoezichthouders zelf) vindt dat de markttoezichthouders de beginselen van goed toezicht in acht moeten nemen. Het beraad kwalificeert goed toezicht als effectief, efficiënt en professioneel, waarbij het criterium van professioneel is opgebouwd uit de elementen onafhankelijk, transparant en uitgevoerd door professionals.<sup>38</sup> Ottow identificeert vijf principes op het gebied van toezicht, namelijk legaliteit, onafhankelijkheid, transparantie, effectiviteit en verantwoordelijkheid.<sup>39</sup>

Aelen verwijst in haar proefschrift naar de drie categorieën van goed toezicht: de effectiviteit van toezicht, de legitimiteit van toezicht en de behoorlijke invulling van het optreden van de toezichthouder. Voor het beginsel van effectief toezicht is de onafhankelijkheid van toezicht van groot belang.<sup>40</sup> Het is namelijk niet wenselijk dat de toezichthouder subject wordt van politieke kleur of in enige mate afhankelijk wordt van de onder toezicht gestelden.<sup>41</sup> Belangenverstrengeling moet worden vermeden, omdat het de effectiviteit van het toezicht ondermijnt.<sup>42</sup> Alleen door middel van een onpartijdige houding van de toezichthouder kan het toezicht legitimiteit en vertrouwen verkrijgen en behouden.

## Beginselen van goed toezicht

Effectief toezicht	Gelegitimeerd toezicht	Behoorlijk toezicht
Onafhankelijkheidsbeginsel	<i>Accountability</i> beginsel	Zorgvuldigheidsbeginsel
	Transparantiebeginsel	Motiveringsbeginsel
		Beginsel van de redelijk handelende toezichthouder
		Handhavingsbeginsel
		<i>Fair-play</i> -regels

Bron: Aelen 2014, p. 13.

In bovengenoemde benaderingen van goed toezicht komt het begrip 'onafhankelijkheid' steeds terug. Zonder onafhankelijkheid is een goede taakvervulling door de toezichthouder niet mogelijk. Onafhankelijkheid waarborgt de onpartijdigheid van de toezichthouders en zorgt dat de bescherming van het gelijke speelveld voor alle marktpartijen mogelijk is. Zeker in de energiesector, waar de overheid zelf ook een speler is door het aandeelhouderchap in de netwerkbedrijven, is deze onafhankelijkheid van immens belang. Het onafhankelijkheidsbeginsel en het toezicht op investeringsplannen staan in deze bijdrage centraal. De overige beginselen van goed toezicht, worden in deze bijdrage niet verder uitgewerkt. De volgende paragraaf analyseert uit welke elementen het onafhankelijkheidsbeginsel bestaat.

municatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEU* 2009, L 337/37) en Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, *PbEU* 2009, L 211/56.

34 Addink 2005, p. 34; A. Rosas & L. Armati, *EU Constitutional Law*, Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing 2012, p. 56; S. Lavrijssen & B. Vitez, 'Is het toezicht op de drinkwatersector in Nederland goed geregeld?', *TvC* 2015, afl. 4, p. 185.

35 Lavrijssen 2006, p. 40.

36 Lavrijssen & Vitez, *TvC* 2015, afl. 4, p. 185.

37 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toeziën op publieke belangen, Naar een verruimd perspectief op rijksstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 151.

38 Markttoezichthoudersberaad, 'Criteria voor goed toezicht', 2013, <https://www.afm.nl/nl/nieuws/2013/apr/criteria-goed-toezicht.aspx>.

39 Ottow 2015.

40 S. Lavrijssen & A. Ottow, 'Independent Supervisory Authorities: A fragile Concept', *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 419-446.

41 Aelen 2014, p. 114.

42 Aelen 2014, p. 9.

## 4. Eisen Europees recht aan onafhankelijkheid en omvattendheid toezicht

### 4.1. Twee elementen van onafhankelijkheid

Zoals eerder aangegeven, bepalen de Europese energierichtlijnen dat de nationale toezichthoudende autoriteiten aan strikte onafhankelijkheidseisen moeten voldoen.<sup>43</sup> Het beginsel van onafhankelijk toezicht bestaat uit twee verschillende elementen:<sup>44</sup> de onafhankelijkheid van de markt en de onafhankelijkheid van de politiek.

Het eerste element is alom geaccepteerd en erkend in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Het houdt in dat de toezichthouder onafhankelijk moet zijn van de marktpartijen, om op deze manier een gelijk speelveld voor alle partijen te kunnen creëren.<sup>45</sup> Het tweede element van onafhankelijkheid is controversieel. Dit element houdt namelijk in dat de toezichthouder niet alleen onafhankelijk moet zijn van de markt, maar tot op zekere hoogte ook onafhankelijk moet zijn van de politiek.<sup>46</sup> In de literatuur worden verschillende argumenten genoemd die pleiten voor de politieke onafhankelijkheid van de toezichthouders, zoals het belang van consistente en onpartijdige besluitvorming, besluitvorming op basis van een deskundig oordeel en het belang van eerlijke, effectieve en efficiënte besluitvorming.<sup>47</sup> De politieke onafhankelijkheid bestaat uit verschillende aspecten, namelijk juridische, functionele, personele en financiële onafhankelijkheid.<sup>48</sup> Hiervan is de functionele onafhankelijkheid het belangrijkste aspect. Functionele onafhankelijkheid wordt bepaald door de mate van autonomie van de toezichthouder in het bepalen en uitvoeren van het beleid zonder toestemming van de minister of andere autoriteiten.

### 4.2. Specifieke Europese eisen met betrekking tot toezicht op energiesector

Zoals vermeld wordt het beginsel van onafhankelijk toezicht uitgewerkt in de Europese elektriciteits- en gasrichtlijn. De toezichthouder dient juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk te zijn van enig andere publieke of particuliere entiteit.<sup>49</sup> Het personeel is vrij van marktbelangen en mag geen instructie verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.<sup>50</sup>

Het bestuur wordt aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar met de mogelijkheid tot eenmalige verlenging.<sup>51</sup> Ook moet de toezichthouder de mogelijkheid hebben om, zelfstandig en onafhankelijk van de politiek, besluiten te kunnen nemen.<sup>52</sup> De toezichthouder moet over voldoende personele en financiële middelen beschikken en jaarlijks een afzonderlijke begrotingstoewijzing ontvangen. Deze onafhankelijkheidseisen dienen op ruime, teleologische wijze te worden uitgelegd, zo is gebleken uit bestudering van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie door Lavrijssen en Ottow.<sup>53</sup> Ook bleek uit eerdere ruime, teleologische interpretatie door het Hof van de bevoegdheden van de nationale autoriteiten, dat de autoriteiten de nodige bevoegdheden moeten hebben om hun taken en doelstellingen van de Europese richtlijnen op een effectieve wijze te realiseren.<sup>54</sup> Uit de richtlijnen blijkt expliciet over welke bevoegdheden de nationale autoriteit minimaal moet beschikken voor de uitvoering van haar taken.<sup>55</sup>

De bovengenoemde Europese onafhankelijkheidseisen zijn van toepassing op de bevoegdheden die de energietoezichthouders ontlenen aan het Europees recht, waaronder het houden van toezicht op de investeringsplannen van de systeembeheerders. De lidstaten dienen zorg te dragen voor monitoring van de voorzieningszekerheid.<sup>56</sup> De lidstaat heeft de mogelijkheid om deze verplichting uit te besteden aan de nationale toezichthoudende instantie. Iedere twee jaar moeten de bevindingen omtrent de voorzieningszekerheid worden opgestuurd naar de

43 Artikel 35 Richtlijn 2009/72/EG.

44 S. Lavrijssen, 'Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in de EU perspectief', *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 182-201; A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht, de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 62-66; S.A.C.M. Lavrijssen & T.N. Nauta, 'De europeanisering van het toezicht op de energiesector', *NTE* 2010, afl. 3/4, p. 136-145.

45 HvJ EU 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853, r.o. 19 (*Decoster*).

46 Lavrijssen & Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 419-446; Hancher, Larouche & Lavrijssen, *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, vol. XLIX, afl. 2, p. 334.

47 Lavrijssen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 182-201; Lavrijssen & Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 419-445; T. Tridimas, 'Community Agencies, Competition Law and ESCB Initiatives on Securities Clearing and Settlement', in: *28 Yearbook of European Law* 2009, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 216-307; B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten, aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow (red.), *Toezicht op markten* (VAR-reeks, 130), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 49 en L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters, markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, jrg. 135, 2005-1), Deventer: Kluwer 2005, p. 195-197.

48 Zie verder: Lavrijssen & Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 428; Van der Meulen 2003, p. 52; M. Scholten, 'Independent, hence accountable? – The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive', *4/1 REALaw* 2011, afl. 1, p. 13-18.

49 Artikel 35 lid 4 onderdeel a Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 lid 4 onderdeel a Richtlijn 2009/73/EG.

50 Artikel 35 lid 4 onderdeel b Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 lid 4 onderdeel b Richtlijn 2009/73/EG.

51 Artikel 35 lid 5 onderdeel b Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 lid 5 onderdeel b Richtlijn 2009/73/EG.

52 Artikel 35 lid 5 onderdeel a Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 lid 5 onderdeel a Richtlijn 2009/73/EG.

53 Lavrijssen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 182-201. HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, m.nt. H.R. Kranenborg, *SEW* 2010, afl. 10, p. 419-423; A. Ottow, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders', *TvT* 2010, afl. 1, p. 78-86 en G. Overkleeft-Verburg, *JB* 2010/96.

54 Lavrijssen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 191.

55 Lavrijssen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 191. Artikel 37 lid 4 Richtlijn 2009/72/EG en artikel 41 lid 4 Richtlijn 2009/73/EG.

56 Artikel 4 Richtlijn 2009/72/EG.

Europese Commissie. Deze bevindingen moeten in ieder geval bevatten: het evenwicht tussen vraag en aanbod, het niveau van vraag in de toekomstige markt, de geplande extra capaciteit en de kwaliteit en staat van onderhoud van het net. Daarnaast moeten de bevindingen maatregelen bevatten ter dekking van de piekvraag en bij het in gebreke blijven van leveranciers. Deze verplichting van de lidstaat kan gezien worden als een rapportageverplichting jegens de Europese Commissie.

Daarnaast moeten de lidstaten op basis van de richtlijnen een aantal taken exclusief aan de toezichthouder toekennen. De toezichthouder dient onder meer de transmissie- en distributietarieven vast te stellen of de berekeningsmethodes goed te keuren.<sup>57</sup> De toezichthouder moet toezien dat alle transmissie- en distributiebedrijven de richtlijn, andere toepasselijke communautaire wetgeving en bindende besluiten van ACER en de Commissie naleven en dat ze hun taken en verantwoordelijkheden die voortkomen uit de richtlijn uitvoeren.<sup>58</sup> Op jaarlijkse basis dient de toezichthouder verslag uit te brengen over zijn activiteiten en uitvoering van zijn taken aan de betrokken autoriteiten, ACER en de Commissie.<sup>59</sup>

#### 4.3. Toezicht op de investeringsplannen

De Europese richtlijnen bevatten taken voor de regulerende instantie wat betreft het toezicht op de investeringsplannen, ongeacht welk Europees ontvlechtsregime van toepassing is.<sup>60</sup> De transmissiesysteembeheerder dient zorg te dragen voor het op lange termijn kunnen voldoen aan een redelijke vraag naar elektriciteit, de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van veilige betrouwbare en efficiënte transmissiesystemen.<sup>61</sup> Hieruit kan worden afgeleid, dat de nationale autoriteit erop toe moet zien dat de transmissiesysteembeheerder zorgt voor voldoende transportcapaciteit, onder meer door de controle van de investeringsplannen. De toezichthouder moet toezicht houden op de investeringsplannen van de transmissiesysteembeheerders, waarbij gelet moet worden op de investeringen in transportcapaciteit met het oog op continuïteit van de voorziening. In het jaarverslag

van de toezichthouder dient de samenhang tussen het investeringsplan van de systeembeheerders en het netontwikkelingsplan voor de gehele gemeenschap van de ENTSO-E (de Europese vereniging voor beheerders van de elektriciteitstransmissiesystemen) te worden beoordeeld.<sup>62</sup> Gelet moet worden op de tijd die een transmissie- en distributiesysteembeheerder nodig heeft om een aansluiting en herstel uit te voeren.<sup>63</sup> De ENTSO-E is verplicht om een netontwikkelingsplan voor de gehele Gemeenschap op te stellen, dat berust op de nationale investeringsplannen.<sup>64</sup> ACER dient een advies op te stellen over de nationale tienjarige netontwikkelingsplannen om na te gaan of zij consistent zijn met het tienjarige netontwikkelingsplan dat de gehele Gemeenschap dekt.<sup>65</sup> Indien zij inconsistenties constateert tussen het nationale plan en het plan voor de gehele Gemeenschap, kan ACER een wijziging van het netontwikkelingsplan aanbevelen aan de nationale toezichthoudende autoriteit of aan de ENTSO-E. Ook moet de toezichthouder de investeringen in de productiecapaciteit monitoren met het oog op de continuïteit van de voorziening.<sup>66</sup> Daarnaast heeft de lidstaat een rapportageverplichting tegenover de Europese Commissie, eventueel gedelegeerd aan de toezichthouder, inzake de monitoring van voorzieningszekerheid.<sup>67</sup>

De verdere eisen inzake de investeringsplannen waaraan de transmissiesysteembeheerders moeten voldoen, zijn afhankelijk van het toepasselijke ontvlechtsregime. Richtlijn 2009/72/EG heeft drie ontvlechtsmodellen geïntroduceerd voor de transmissiesysteembeheerder, namelijk Ownership Unbundling (OU)<sup>68</sup>, Independent System Operator (ISO)<sup>69</sup> en Independent Transmission Operator (ITO)<sup>70</sup>. Voor ieder van deze modellen gelden verschillende eisen omtrent de ontvlechting en het toezicht door de nationale toezichthoudende autoriteit. Aan deze eisen moet worden voldaan, voordat de ontvlechting van een netwerkbedrijf wordt goedgekeurd en gecertificeerd door de Europese Commissie.<sup>71</sup> Oorspronkelijk was het de bedoeling van de Europese Commissie om twee regimes te creëren, namelijk OU en ISO.<sup>72</sup> Hierbij ging de voorkeur van de Europese Commissie uit naar OU. Enkele lidstaten, waaronder Frankrijk en Duitsland

57 Artikel 37 lid 1 onderdeel a Richtlijn 2009/72/EG. Zie uitgebreid Lavrijsen & Nauta, *NTE* 2010, afl. 3/4.

58 Artikel 37 lid 1 onderdeel b, d, h en q Richtlijn 2009/72/EG.

59 Artikel 37 lid 1 onderdeel e Richtlijn 2009/72/EG.

60 Artikel 37 Richtlijn 2009/72/EG.

61 Artikel 12 onderdeel a Richtlijn 2009/72/EG.

62 Artikel 37 lid 1 onderdeel g Richtlijn 2009/72/EG. Er is ook een ENTSO-G. Dit betreft de Europese vereniging voor de beheerders van de gastransmissiesystemen.

63 Artikel 37 lid 1 onderdeel m Richtlijn 2009/72/EG.

64 Artikel 8 lid 10 Verordening (EG) 714/2009.

65 Artikel 8 lid 11 Verordening (EG) 714/2009.

66 Artikel 37 lid 1 onderdeel g en q Richtlijn 2009/72/EG.

67 Artikel 4 Richtlijn 2009/72/EG.

68 Ownership Unbundling houdt in dat de geïntegreerde bedrijven hun transmissienet moeten afstoten, zodat productie-/leveringsbedrijven volledig gescheiden zijn van transmissiesysteembeheerders (economische ontvlechting). Dit regime komt tot stand door toepassing van artikel 9 Richtlijn 2009/72/EG.

69 Independent System Operator houdt in dat het productiebedrijf formeel gezien eigenaar is van het transmissienet, maar dat het beheer wordt uitgevoerd door een onafhankelijk bedrijf. Dit regime komt tot stand door toepassing van artikel 9 lid 8 onderdeel a juncto artikel 13 Richtlijn 2009/72/EG.

70 Independent Transmission Operator houdt in dat het productiebedrijf nog steeds eigenaar en beheerder is van het transmissienetwerk, maar via een dochter. Alle belangrijke beslissingen dienen door de dochter genomen te worden, onafhankelijk van de moedermaatschappij. Dit regime komt tot stand door toepassing van artikel 9 lid 8 onderdeel b juncto artikel 22 Richtlijn 2009/72/EG.

71 Artikel 10 Richtlijn 2009/72/EG.

72 G. Falkner, *The EU's decision Traps: Comparing Policies*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 103-105.

– met grote verticaal geïntegreerde energiebedrijven – boden hier weerstand tegen. Uiteindelijk is bij wijze van compromis een derde variant in het leven geroepen, namelijk ITO.

Als sprake is van volledige economische ontvlechting van het netwerk van de productie- en leveringsactiviteiten volgen de taken van de transmissiesysteembeheerder uit artikel 12.<sup>73</sup> De transmissiesysteembeheerder moet zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit. De transmissiesysteembeheerder dient daarnaast zorg te dragen voor de ontwikkeling en het onderhoud van een veilig, betrouwbaar en efficiënt transmissiesysteem en voor de exploitatie hiervan. Bij de uitvoering van zijn taken dient de transmissiesysteembeheerder milieubeschermingseisen in acht te nemen. Hij moet ook bijdragen aan de leverings- en voorzieningszekerheid door te zorgen voor toereikende transmissiecapaciteit. Hieruit is af te leiden dat de transmissiesysteembeheerder voldoende moet investeren in het onderhoud en uitbreiding van het netwerk. Hoewel het samenstel van de hierboven genoemde bepalingen ervan uit lijkt te gaan dat ook bij de toepassing van het OU-model, de transmissiesysteembeheerder een investeringsplan moet opstellen, dat moet worden goedgekeurd door de toezichthoudende autoriteit, wordt dit niet geëxpliciteerd door de bepalingen van de Europese richtlijn 2009/72/EG.

Voor de toepassing van ISO, volgen uit artikel 13 van de richtlijn aanvullende eisen omtrent de onafhankelijke systeembeheerder. De onafhankelijke systeembeheerder moet aan deze eisen voldoen, anders mag de regulerende instantie de onafhankelijke systeembeheerder niet aanwijzen en zal de Europese Commissie geen goedkeuring verlenen. Een onafhankelijke systeembeheerder is geschikt indien niet dezelfde persoon (of personen) (in)directe zeggenschap kan (kunnen) uitoefenen in een productie-/leveringsbedrijf en vice versa. Hij moet aantonen over voldoende financiële, technische en fysieke middelen te beschikken om de taken van een transmissiesysteembeheerder uit te voeren. Hij heeft toegezegd een tienjarig netontwikkelingsplan uit te voeren dat gemonitord wordt door de regulerende instantie.

Daarnaast moet de regulerende instantie – indien wordt gekozen voor de toepassing van ISO – in het kader van het eerste tienjarige netontwikkelingsplan, expliciet goedkeuring geven aan de investeringsplannen en het meerjarige netontwikkelingsplan dat door de onafhankelijke systeembeheerder wordt ingediend.<sup>74</sup> Ook moet hij aantonen dat hij de verplichtingen die volgen uit de verordening en de verplichtingen inzake de regionale en internationale samenwerking kan nakomen.<sup>75</sup> Daarnaast

dient de eigenaar van het transmissiesysteem te zorgen voor de nodige samenwerking met en ondersteuning van de onafhankelijke systeembeheerder, voor de financiering van de geplande en goedgekeurde investeringen of voor de instemming met financiering van de investeringen door een betrokken partij. Hij dient te zorgen voor de dekking van aansprakelijkheid wat betreft de netactiva en te zorgen voor waarborgen om de financiering van netuitbreiding te vergemakkelijken.<sup>76</sup> Indien een onafhankelijke systeembeheerder is aangewezen, zijn de eigenaren van transmissiesystemen die deel uitmaken van een verticaal geïntegreerd bedrijf onafhankelijk wat betreft hun rechtsvorm, organisatie en besluitvorming van andere – niet met transmissie samenhangende – activiteiten.<sup>77</sup> Verder zijn dezelfde regels van toepassing als bij de situatie van volledige ontvlechting.

Wat ITO betreft, worden de aanvullende eisen voor de onafhankelijke transmissiebeheerder gegeven in hoofdstuk V van de richtlijn. Naast aanvullende eisen om de onafhankelijkheid van de onafhankelijke transmissiebeheerder te kunnen waarborgen, is van belang dat in dit hoofdstuk wordt bepaald dat de onafhankelijke transmissiebeheerder elk jaar een investeringsplanning en een tienjarig netontwikkelingsplan dient op te stellen.<sup>78</sup> De toezichthoudende autoriteit houdt toezicht op het tienjarige netontwikkelingsplan en kan eisen dat de transmissiesysteembeheerder zijn tienjarige netontwikkelingsplan wijzigt.<sup>79</sup> Het tienjarige netontwikkelingsplan moet de belangrijkste transmissie-infrastructuur vermelden, die moet worden aangelegd of worden vernieuwd. Alle investeringen die gepland staan, moeten worden vermeld. Ook moet worden aangegeven welke investeringen de komende drie jaar moeten worden gedaan en moet het plan een tijdschema bevatten voor alle investeringsprojecten.<sup>80</sup> Bij het opstellen van het plan maakt de transmissiesysteembeheerder redelijke inschattingen, rekening houdend met de investeringsplannen voor regionale netten en netten voor de gehele Unie.<sup>81</sup> De toezichthoudende instantie raadpleegt op een open en transparante wijze alle daadwerkelijke en potentiële systeemgebruikers over het tienjarige netontwikkelingsplan. Hij gaat na of het tienjarige netontwikkelingsplan alle investeringsbehoeften bestrijkt die tijdens de raadpleging zijn opgetekend en of het overeenkomt met het niet-bindende tienjarige netontwikkelingsplan voor de gehele Unie van de ENTSO-E. De nationale toezichthoudende instantie dient de uitvoering van het plan te evalueren.<sup>82</sup>

73 Artikel 12 Richtlijn 2009/72/EG.

74 Artikel 37 lid 3 onderdeel c Richtlijn 2009/72/EG.

75 Verordening (EG) 713/2009.

76 Artikel 13 lid 2 en 5 Richtlijn 2009/72/EG.

77 Artikel 14 Richtlijn 2009/72/EG.

78 Artikel 17 lid 2 onderdeel f en artikel 22 lid 1 Richtlijn 2009/72/EG.

79 Artikel 22 lid 5 Richtlijn 2009/72/EG.

80 Artikel 22 lid 2 Richtlijn 2009/72/EG.

81 Artikel 22 lid 3 Richtlijn 2009/72/EG.

82 Artikel 22 lid 3-5 Richtlijn 2009/72/EG.

#### 4.4. Europese eisen inzake de omvattendheid van de investeringsplannen

De Europese richtlijnen bevatten, anders dan in het geval van de ITO, geen expliciete eisen aan de inhoud en omvattendheid van de investeringsplannen van de systeembeheerders. Het is begrijpelijk dat voor ISO en ITO verdergaande eisen gelden omtrent de uitvoering van de ontvlechtingseisen voor het netwerkbeheer. Deze eisen moeten eenzelfde mate van onafhankelijkheid creëren als bij volledige ontvlechting het geval is. Het is namelijk de bedoeling om een 'level playing field' te creëren voor alle energiebedrijven die toegang tot het transmissiesysteem willen verkrijgen.

De richtlijnen gaan ervan uit dat de nationale toezichthoudende instanties en ACER de nationale netontwikkelingsplannen toetsen aan het Europese netontwikkelingsplan en dat het Europese netontwikkelingsplan gebaseerd dient te worden op de nationale investeringsplannen. Daarom kan de conclusie worden getrokken dat het uitzonderen van de volledig ontvlochten transmissiesysteembeheerders van de expliciete verplichting tot het opstellen van een investeringsplan en van bepaalde minimumeisen niet consistent is met de achterliggende gedachten van de bepalingen over het toezicht op de Europese en nationale investeringsplannen.<sup>83</sup> Het zou in de geest van de Europese richtlijnen liggen om voor alle vormen van ontvlechting dezelfde eisen wat betreft de investeringsplannen op te leggen aan de transmissiesysteembeheerders.<sup>84</sup> Dit zou ook de internationale samenwerking tussen de transmissiesysteembeheerders en de nationale toezichthoudende autoriteiten vereenvoudigen, omdat de nationale investeringsplannen aan dezelfde minimumeisen moeten voldoen.

In het hiernavolgende wordt gekeken hoe in Nederland, waar het regime van OU is doorgevoerd, het toezicht op de investeringen en investeringsplannen is vormgegeven. Hierbij wordt gekeken naar de vraag wie de investeringen en investeringsplannen toetst (de onafhankelijkheidsvraag) en aan welke normen zij worden getoetst (de vraag van omvattendheid).

## 5. De situatie in Nederland

### 5.1. De Staat als aandeelhouder in de transmissiesystemen

De Nederlandse Staat ziet de energiesector als een vitale infrastructuur voor de Nederlandse economie. Daarom is de Nederlandse Staat aandeelhouder in verschillende

ondernemingen in de energiesector.<sup>85</sup> Zo is de Staat aandeelhouder in TenneT (transmissiesysteembeheerder), GasTerra (gashandel) en EBN (opsporing en winning van olie en gas). Ook is de Staat 100% aandeelhouder in de Gasunie, welke met een 100%-dochter (GTS) de rol van transmissiesysteembeheerder vervult. De aandelenbelangen in TenneT en Gasunie worden beheerd door het Ministerie van Financiën en de aandelenbelangen in GasTerra en EBN door het Ministerie van EZ.<sup>86</sup> Gekozen is om het beheer van het aandelenbelang in de transmissiesysteembeheerders bij het Ministerie van Financiën neer te leggen, en dat van het aandelenbelang in de productie- en leveringsactiviteiten bij het Ministerie van EZ. In de Nota Deelnemingenbeleid 2013 wordt gesteld dat in beginsel de staatsdeelnemingen worden gecentraliseerd bij het Ministerie van Financiën en dat bij dit centrale model de rollen van aandeelhouder en beleidsmaker van elkaar worden gescheiden.<sup>87</sup> Bij GasTerra en EBN, in handen van het Ministerie van EZ, is sprake van een beleidsdeelneming. De rollen van aandeelhouder en beleidsmaker zijn niet van elkaar gescheiden, vanwege de beleidsmatige verwevenheid met het Nederlandse energiebeleid. De Europese regels verbieden dat het aandeelhouderschap van de netbeheerder (GTS), beheerd door het Ministerie van Financiën, en die van productie en levering (GasTerra en EBN) in één hand liggen.<sup>88</sup>

### 5.2. Hoe is het toezicht in Nederland geregeld?

In deze paragraaf wordt behandeld hoe het toezicht op de investeringen en investeringsplannen op dit moment is geregeld in Nederland. Per toezichtonderdeel wordt uitgelegd hoe het toezicht in theorie is vormgegeven. Daarna wordt uiteengezet hoe het toezicht in de praktijk plaatsvindt. Het toezicht op de investeringsplannen wordt uitgevoerd door toetsing van het kwaliteits- en capaciteitsdocument (KCD). Het toezicht op individuele investeringen bestaat uit ex-antetoezicht door middel van een noodzakelijkheidstoets door de Minister van EZ samen met de ACM (alleen bij grote investeringen) en ex-posttoezicht door middel van een doelmatigheidstoets door de ACM (bij alle investeringen).

In het rapport van de Algemene Rekenkamer wordt uiteengezet hoe het toezicht in Nederland daadwerkelijk wordt uitgevoerd.<sup>89</sup> In dit rapport wordt onderscheid gemaakt tussen drie verschillende investeringen, namelijk reguliere investeringen, grote investeringen zonder rijkscoördinatie-regeling (RCR) en grote investeringen via de RCR. Naast de te bespreken rol van de ACM en/of van de Minister van EZ (bij grote investeringen), moet de Minister van Financiën, in zijn hoedanigheid van

83 Artikel 37 lid 1 onderdeel g Richtlijn 2009/72/EG en artikel 8 lid 10 onderdeel a en artikel 8 lid 11 Verordening (EG) 714/2009.

84 In de wijzigingsvoorstellen voor een nieuwe Elektriciteitsrichtlijn worden geen wijzigingen voorgesteld wat betreft de verplichting tot het opstellen van een investeringsplan door de netbeheerders, zie noot 11.

85 Nota Deelnemingenbeleid 2013, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 28165, 165, p. 30.

86 Nota Deelnemingenbeleid 2013, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 28165, 165, p. 38-39.

87 Nota Deelnemingenbeleid 2013, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 28165, 165, p. 37.

88 Nota Deelnemingenbeleid 2013, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 28165, 165, p. 38-39.

89 Algemene Rekenkamer, *Investeringen TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181.

enige aandeelhouder van TenneT, investeringen van meer dan € 100 miljoen goedkeuren.<sup>90</sup>

Het ex-posttoezicht is vereist voor het vaststellen van de tarieven.<sup>91</sup> Middels het ex-posttoezicht wordt de doelmatigheid van de kosten van investeringen bepaald, hetgeen door de ACM wordt gebruikt om de maximale tariefhoogte voor de netgebruikers vast te stellen. Alleen de efficiënte en noodzakelijke kosten zullen worden meegenomen bij de tariefberekening.<sup>92</sup> De ACM stelt de tarieven vast door eerst ontwerpmethodebesluiten vast te stellen voor de netbeheerders, waar belanghebbenden op kunnen reageren. Daarna worden de definitieve methodebesluiten vastgesteld. Deze gelden voor een periode van 3 à 5 jaar. De ACM rekent uit – op basis van een internationale benchmark van TenneT met de prestaties van andere transmissiesysteembeheerders – wat de efficiëntiekorting (x-factor) voor de transmissiesysteembeheerder is en stelt een x-factorbesluit op. Dit besluit wordt voor 3 à 5 jaar vastgesteld. Vervolgens stelt de transmissiesysteembeheerder jaarlijks een tarievenvoorstel voor waarin deze x-factor is verwerkt. Dit wordt vervolgens beoordeeld door de ACM en haar beoordeling wordt vastgelegd in de definitieve tarievenbesluiten.<sup>93</sup> Op deze manier wordt getracht de transmissiesysteembeheerder te stimuleren om zo efficiënt mogelijk te werk te gaan.

### 5.2.1. Toezicht op het KCD

De netwerkbedrijven moeten om het jaar een KCD indienen bij de ACM.<sup>94</sup> Onderdeel van dit KCD is het investeringsplan, dat niet openbaar is. De beoordeling van de investeringsplannen wordt gebaseerd op de inhoud van het KCD. Te denken valt aan veiligheidsindicatoren, veiligheidssystemen, capaciteitsramingen, alternatieven, kosten-batenanalyse. De wet en een ministeriële regeling bepalen verder, wat precies in het KCD moet staan.<sup>95</sup> De ACM dient goedkeuring van het KCD te verlenen indien naar het oordeel van de ACM blijkt dat de transmissiesysteembeheerder in voldoende mate en op een doelmatige wijze kan voorzien in de door hem gestelde doelen.<sup>96</sup> Uit de goedkeuring blijkt dat hier sprake is van ex-antetoezicht. Indien de ACM van mening is dat uit het KCD blijkt dat de transmissiesysteembeheerder op onvoldoende of ondoelmatige wijze in zijn transporttaak of capaciteit kan voorzien, moet zij dit, na overleg met de transmissiesysteembeheerder, melden bij de Minister van

EZ.<sup>97</sup> De minister kan vervolgens de transmissiesysteembeheerder aanwijzingen geven om hier alsnog in te voorzien. Het artikel kan zo worden geïnterpreteerd dat de goedkeuring van het KCD een integraal oordeel van de ACM vereist, waarin de kwaliteit en capaciteit van het net worden afgezet tegen de kosten.<sup>98</sup>

Recentelijk constateerde de Algemene Rekenkamer echter, dat de toezichthouder in de praktijk een dergelijke integrale toets niet toepast. De toezichthouder voert een terughoudende toets uit. De ACM kijkt alleen of de bedrijfsprocessen bij de transmissiesysteembeheerder zodanig zijn ingericht dat hij tot een juist oordeel kan komen, maar een daadwerkelijke afweging van de kosten van het plan tegenover de kwaliteit en capaciteit wordt evenwel niet gemaakt.<sup>99</sup>

### 5.2.2. Toezicht op reguliere investeringen

Naast de goedkeuring van het KCD, worden de reguliere investeringen ex post getoetst op doelmatigheid door de ACM.<sup>100</sup> De doelmatige kosten worden opgenomen in het methodebesluit dat iedere 3 à 5 jaar wordt vastgesteld. In de praktijk is gebleken dat de ACM geen oordeel velt over de noodzakelijkheid van de reguliere investeringen en enkel de doelmatigheid beoordeelt. Zij doet dit niet door de investeringen individueel te beoordelen, maar door ze te bundelen en te vergelijken met een benchmark. Op deze manier wordt gekeken hoe de kosten zich verhouden tot de bestedingen van buitenlandse systeembeheerders. Het resultaat van deze vergelijking zijn de doelmatige kosten.

### 5.2.3. Toezicht op grote investeringen onder de rijkscoördinatie-regeling

Investeringsvallen onder de RCR indien sprake is van een investering van nationaal belang. De minister kan bij wet of besluit bepalen, in overleg met de ministerraad, dat een investering van nationaal belang is.<sup>101</sup> Volgens de Elektriciteitswet 1998 vallen de uitbreidingen van netten groter dan 220 kV, landoverschrijdende aansluitingen van meer dan 500 V en PCI-projecten (projects of common interest projecten) automatisch onder de RCR.<sup>102</sup> De RCR heeft twee grote voordelen, namelijk ten eerste dat de gemaakte kosten eerder terugverdiend kunnen worden omdat deze investeringen eerder mogen worden opgenomen in de tarieven en ten tweede dat een

90 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181, p. 7.

91 Artikel 14 Verordening (EG) 714/2009.

92 Artikel 11 Beleidsregel ACM beoordeling doelmatige kosten van bijzondere investeringen.

93 Voor meer informatie over de tarievenprocedure, zie Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181, p. 55-56.

94 Artikel 21 lid 2 Elektriciteitswet 1998. De invulling van het KCD is te vinden in de Regeling kwaliteitsaspecten netbeheer elektriciteit en gas.

95 Artikel 21 lid 2 Elektriciteitswet 1998 en Regeling kwaliteitsaspecten netbeheer elektriciteit en gas.

96 Artikel 21 lid 8 Elektriciteitswet 1998.

97 Artikel 22 lid 1 Elektriciteitswet 1998.

98 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181, p. 43.

99 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181, p. 43.

100 Reguliere investeringen zijn over het algemeen vervangingsinvesteringen.

101 Artikel 3.35 lid 1 Wro.

102 Artikel 20a lid 1 Elektriciteitswet 1998. PCI-projecten zijn projecten die door de Europese Commissie worden beschouwd als essentiële infrastructuur voor de gehele gemeenschap.

stroomlijning van de procedures omtrent de bestuurlijke besluitvorming tot stand wordt gebracht. Voor de behandeling van deze categorie investeringen is een kleine uitleg van de procedure op zijn plaats. De regeling bestaat uit twee modules, namelijk de vergunningenmodule en de ruimtelijke module.<sup>103</sup> De vergunningenmodule moet altijd worden doorlopen en valt onder het bevoegd gezag van de Minister van EZ.<sup>104</sup> De ruimtelijke module is van toepassing als de voorgenomen investering nog niet is opgenomen in een eerder vastgelegde planologische inpassing. In dat geval vormen de Ministers van EZ en Infrastructuur en Milieu het bevoegd gezag.<sup>105</sup> Zij stellen dan een inpassingsplan op.<sup>106</sup> Dit inpassingsplan is vergelijkbaar met een bestemmingsplan op rijksniveau. De RCR-investeringen zijn onderworpen aan ex-antetoezicht in de vorm van nut en noodzaak en ex-posttoezicht in de vorm van een doelmatigheidstoets.

De noodzaak kan bij de RCR op twee manieren worden bepaald. Indien het tracé al vastligt in een planologische inpassing, wordt de noodzaak aanwezig geacht. Alleen de vergunningenmodule is dan van toepassing. De andere mogelijkheid is dat deze planologische inpassing nog dient te worden opgesteld. Zowel de vergunningenmodule als de inpassingsmodule is dan van toepassing, en de Ministers van EZ en IenM zullen zich moeten buigen over een inpassingsplan in overleg met de Tweede Kamer. Dit inpassingsplan dient te zijn voorzien van een uitgebreide motivering van nut en noodzaak.<sup>107</sup> Voor deze uitgebreide motivatie van nut en noodzaak worden de gegevens gebruikt die door TenneT zelf verstrekt worden. De ACM heeft niet de mogelijkheid om te kijken of TenneT de goedkoopste oplossing gekozen heeft, want de gekozen oplossing is een gegeven. Het is door inmening van de Tweede Kamer immers een uitkomst van politieke besluitvorming.

Bij de aanleg van het project Randstad-Zuid 380 kV is goed te zien hoe een rijkscoördinatieprocedure in elkaar steekt. Op het moment van start was het Tweede Structuurschema Elektriciteitsvoorziening (SEVII) van kracht. Hierin was het zuidtraject, Wateringen-Zoetermeer, globaal opgenomen. Met de planologische kernbeslissing (PKB) 'Randstad 380 kV verbinding' zijn nut en noodzaak en het globale tracé (zoekruimte) van de verbindingen vastgelegd.<sup>108</sup> Uiteindelijk is alles vastgelegd in het rijksinpassingsplan.<sup>109</sup> Het belangrijkste aspect voor de Tweede Kamer was het gebruik van zogenaamde Wintrackmasten en het aanleggen van een groot deel onder-

gronds, vanwege het advies om zo veel als redelijkerwijs mogelijk was te vermijden dat kinderen langdurig werden blootgesteld aan een door hoogspanningsmasten veroorzaakt magnetisch veld van meer dan 0,4 microtesla.<sup>110</sup>

TenneT heeft de ACM gevraagd de noodzaak van de investeringen te beoordelen, zodat het bedrijf er zeker van kon zijn dat de kosten konden worden verhaald door ze door te berekenen in de tarieven. Voor 2008 gaf de ACM nog een oordeel over de noodzakelijkheid van de investering. Sinds 2008 heeft de ACM formeel geen rol meer in de vaststelling van de noodzaak bij een RCR-investering. Als de procedure was gevolgd die op dit moment geldig is, had de ACM geen enkele invloed gehad. In de huidige regeling wordt de noodzaak van een investering onder de RCR vastgelegd in de structuurvisie, of indien alleen een inpassingsplan vereist is, dient dit voorzien te zijn van een uitgebreide motivering van nut en noodzaak.<sup>111</sup> Dan hadden de Ministers van EZ en IenM een oordeel gegeven over de noodzaak van de investeringen en dit oordeel zou dan enkel worden gebaseerd op de informatie die door TenneT verstrekt is.

Het ex-posttoezicht, de doelmatigheidstoets van de ACM, ziet er bij de RCR anders uit dan bij de reguliere investeringen. Als doelmatig geldt: dat deel van de investering waarvan het doel is gerealiseerd en waarvan de uitgaven hebben bijgedragen aan het doel zoals vastgelegd op de bouwtekening.<sup>112</sup> Het als doelmatig aangemerkte deel van de kosten, wordt eerder in de gestandaardiseerde activa waarde (GAW) opgenomen en meegenomen in het tariefbesluit. Hierdoor komen deze investeringen eerder voor vergoeding in aanmerking dan de reguliere investeringen. Hierna is overeenkomstig de reguliere investeringen de x-factor van toepassing.

De RCR wordt vervangen door de nieuwe Omgevingswet. Deze wet zal in 2019 in werking treden. De Omgevingswet heeft als doel om minder en overzichtelijkere regels te hebben voor de bestuurlijke processen inzake grote projecten. Hij bundelt de wetgeving op het gebied van wonen, ruimte, milieu, infrastructuur, natuur en water. Het 'inpassingsplan' wordt dan vervangen door een projectbesluit, en de vergunningenmodule zal worden vervangen door een besluit via afdeling 3.5 Awb (nieuw).

#### 5.2.4 Toezicht op grote investeringen die niet onder de RCR vallen

Het toezicht op grote investeringen zonder de RCR bestaat net zoals bij de RCR-projecten uit twee delen, name-

103 TenneT, Kwaliteits- en capaciteitsdocument 2016, deel II, p. 66. In dit document is ook een schematische weergave van de RCR-procedure opgenomen.

104 Artikel 20a lid 1 Elektriciteitswet 1998 juncto artikel 3.35 lid 1 onderdeel c Wro.

105 Artikel 20b lid 2 Elektriciteitswet 1998.

106 Artikel 3.28 lid 4 Wro.

107 Artikel 2.12 lid 1 onderdeel a onder 3° Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. TenneT, Kwaliteits- en capaciteitsdocument 2016, deel II, p. 68.

108 Nut en noodzaak zijn gebaseerd op de door TenneT onderbouwde nut en noodzaak in het door TenneT opgestelde KCD 2006-2012. Zie *Kamerstukken 2008/09*, 30892, 3, p. 15-17.

109 Inpassingsplan Zuidring Wateringen-Zoetermeer (380 kV Leiding).

110 Brief van de Staatssecretaris van VROM aan Colleges van B&W, Colleges van Gedeputeerde Staten, IPO, VNG en de netbeheerders, SAS\200518318, 3 oktober 2005. Ter verduidelijking, brief van de Minister van VROM, DGM\2008105664, 4 november 2008.

111 *Kamerstukken II 2007/08*, 31326, 6, p. 11.

112 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 28165, 181, p. 31. Beleidsregel ACM beoordeling doelmatige kosten van bijzondere investeringen, *Stcrt.* 2011, 23039.

lijk ex-ante- en ex-posttoezicht.<sup>113</sup> Het ex-anteaspect bestaat uit een noodzakelijkheidstoets. De investering dient allereerst te worden gemeld bij de Minister van EZ en de ACM. De ACM dient vervolgens de minister van advies te voorzien en uiteindelijk geeft de minister een oordeel over de noodzakelijkheid van de investering, gelet op het belang van een duurzame, betrouwbare en efficiënte energievoorziening.<sup>114</sup> Het ex-posttoezicht bestaat uit een doelmatigheidstoets van de ACM.

Het advies van de ACM bestaat uit een toets van de door TenneT geleverde informatie op volledigheid (bestaande situatie, gewenste verbetering, verwachte kosten, mogelijke alternatieven).<sup>115</sup> Ook naar alternatieve trajecten dient dus gekeken te worden. Door de ACM wordt niet nagegaan of de door TenneT aangeleverde informatie ook juist is. De reden hiervoor is dat de ACM binnen 4 weken de Minister van EZ van advies moet voorzien. Deze periode is te kort om uitvoerig onderzoek te doen naar de juistheid.<sup>116</sup> Het uiteindelijke oordeel van de Minister van EZ is gebaseerd op het ACM-advies en de informatie die door TenneT wordt aangeleverd. Een diepgaande inhoudelijke beoordeling wat betreft de noodzaak en alternatieven ontbreekt dus in de praktijk.

Het ex-posttoezicht, de doelmatigheidstoets, is op dezelfde manier georganiseerd als bij de investeringen die wel onder de RCR vallen.

### 5.2.5. Toezicht door Minister van Financiën

In de statuten van TenneT is vastgelegd dat de Minister van Financiën, in zijn hoedanigheid als enige aandeelhouder, goedkeuring moet geven aan investeringen binnen Nederland van € 200 miljoen of meer.<sup>117</sup>

Het beoordelingskader voor deze investeringen door het Ministerie van Financiën is opgedeeld in verschillende categorieën: proces, strategische rationale, financial forecast en waarderingsmodel, financiering, governance en exitstrategie en implementatie.<sup>118</sup> Voor structurele deelnemingen ligt de nadruk op de strategische rationale en de koppeling met het publiek belang. Om aan de criteria van strategische rationale te voldoen moet de investering passen binnen de doelomschrijving van de deelneming in de statuten en exploitatievergunning (voor zover van toepassing). Daarnaast moet de investering het publieke belang van deelneming dienen en een positieve netto contante waarde hebben. De investering is aantrekkelijker dan alternatieve investeringen of niet investeren. Aan de hand hiervan wordt de noodzaak van de investering bepaald. Als laatste moet het risico met betrekking tot staatssteun aanvaardbaar zijn.

Bijzonder is dat de Minister van Financiën volgens de Nota Deelnemingenbeleid 2013 de noodzakelijkheid van de investering moet bepalen aan de hand van de rationale van de investering ('Welke keuze ligt vanuit publiek belang het meest voor de hand?') en voor de berekende netto contante waarde van de investering ('Welke keuze geeft het beste rendement?'). Hierin ligt een kosten-batenanalyse verscholen. Gezien zijn hoedanigheid als aandeelhouder heeft de minister een belang bij het zo veel mogelijk investeren in het netwerk. De winst die TenneT mag maken is gereguleerd. De hoogte van de GAW is van invloed op de winst. Hoe hoger de investeringen, hoe hoger de GAW en op basis van die GAW wordt de gereguleerde winst bepaald. Doordat de beoordeling in beginsel niet openbaar is, wordt deze schijn van belangenverstrengeling niet doorbroken.

In de praktijk is gebleken dat de Minister van Financiën naar eigen zeggen voor de beoordeling van de investering zich vooral richt op de financiering hiervan en voor de noodzakelijkheid kijkt naar wat de Minister van EZ en/of TenneT hierover zeggen. De Minister van Financiën neemt aan dat de Minister van EZ de noodzakelijkheid van de investering toetst.<sup>119</sup> De toets op noodzakelijkheid van de investeringen door de Minister van EZ, zoals hierboven beschreven, is echter ook terughoudend en brengt niet veel nieuwe inzichten.

## 6. Hoe verhoudt het Nederlands toezicht zich tot het Europees recht?

### 6.1. Het Nederlands toezicht in verhouding tot het Europees recht

Het rapport van de Rekenkamer gaat ervan uit, dat meer integraal toezicht is vereist op de investeringen in het transmissienetwerk, maar de Rekenkamer gaat daarbij niet nader in op de eisen die volgen uit het Europees recht wat betreft de vormgeving van het toezicht op de investeringen en investeringsplannen. Zoals in par. 4.2 al beschreven gelden de Europese onafhankelijkheidseisen uit de Europese energierichtlijnen voor het toezicht op de energiesector en voor het toezicht op de transmissiesysteembeheerders. De lidstaten moeten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen, zodat zij haar taakvervulling op onpartijdige en transparante wijze kan uitoefenen. Om de onafhankelijkheid van de ACM te verzekeren is de autoriteit vormgegeven als een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid

113 Grote investeringen die niet onder de RCR vallen zijn bijvoorbeeld bijzondere uitbreidingsinvesteringen.

114 Artikel 20e lid 1 en 3 Elektriciteitswet 1998.

115 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 28165, 181, p. 33.

116 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 28165, 181, p. 34.

117 Artikel 23.10 onderdeel d Akte van statutenwijziging van TenneT Holding B.V.

118 Nota Deelnemingenbeleid 2013, p. 55-56.

119 Algemene Rekenkamer, *Investerings TenneT in Nederlands Hoogspanningsnet; Toezicht van het Rijk op het publiek belang*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 28165, 181, p. 41.

(klein ZBO).<sup>120</sup> De minister heeft alleen de bevoegdheid om algemene beleidsregels op te stellen inzake het toezicht op de energiesector.<sup>121</sup> Het is de minister dus niet toegestaan om specifieke instructies te geven over een concrete zaak.<sup>122</sup> Omdat het gaat om een klein ZBO, dient de minister het personeel en het budget beschikbaar te stellen aan de ACM. Het personeel moet verantwoording afleggen aan de ACM en niet aan de minister.<sup>123</sup>

Hoewel de minister de bevoegdheid heeft om algemene beleidsregels op te stellen, kan zelfs het vaststellen van algemene regels in strijd zijn met het onafhankelijkheidsvereiste als deze regels rechtstreeks gevolgen hebben voor specifieke gevallen.<sup>124</sup> De bevoegdheden van de minister om in te grijpen moeten dus beperkt worden uitgelegd. De scheiding tussen beleid en uitvoering is evenwel niet altijd gemakkelijk te maken.<sup>125</sup> Als uitgangspunt geldt dat de politiek verantwoordelijk is voor de beleidskeuzes, en dus de doelen stelt en belangenafwegingen op een abstract niveau maakt. De toezichthouder wordt vervolgens belast met het waarborgen dat de gestelde doelen en beleidskeuzes (bijvoorbeeld het garanderen van voldoende transportcapaciteit) op consistente en onpartijdige wijze worden bereikt, bijvoorbeeld door te toetsen of investeringen noodzakelijk en doelmatig zijn.<sup>126</sup>

De invloed van de minister bij de ex-antebeoordeling van de noodzaak van investeringen op basis van de huidige Elektriciteitswet 1998, zoals eerder beschreven, kan als discutabel worden beschouwd. Beargumenteerd kan worden dat de bevoegdheden van de minister bij de ex-antetoetsing van de noodzaak van investeringen afbreuk doen aan de Europese onafhankelijkheidseisen inzake de uitoefening van de reguleringstaken door de toezichthoudende autoriteit. De directe inspraak van de minister – via artikel 20e Elektriciteitswet of via de RCR – ten aanzien van specifieke investeringen kan worden gezien als schending van de voorwaarde van onafhankelijkheid van de politiek, en dus als een schending van de Europese onafhankelijkheidsvereisten uit artikel 35 Richtlijn 2009/72/EG.

Aan de andere kant kan worden gesteld dat de inspraak van de minister omtrent de investeringen geen inbreuk maakt op het instructieverbod van de minister jegens de toezichthouder, omdat de stimulering van duurzame energieopwekking en het waarborgen van de daarmee gepaard gaande transportinfrastructuur als beleidskeuze kan worden gezien. Echter, de goedkeuring van bepaalde investeringen gaat over specifieke gevallen, gezien de gevolgen van het oordeel van de noodzakelijkheidstoets voor het doorgaan van de betreffende investeringen. Hierdoor kan de inspraak van de minister als een speci-

fieke instructie worden gezien, die in strijd is met het Europees recht. De minister zou algemene beleidsrichtingen via andere instrumenten moeten uitzetten, bijvoorbeeld via beleidsregels. In een ideale situatie zou de minister aan de toezichthouder algemene aanwijzingen moeten geven omtrent de minimumeisen die gelden voor het toezicht en beleid ten aanzien van investeringsplannen en investeringen. Vervolgens zou de toezichthouder deze beleidsaanwijzingen mee moeten nemen bij de onafhankelijke uitvoering van zijn toezichthoudende taak, namelijk het houden van toezicht op en het goedkeuren van het investeringsplan en van concrete investeringen.

## 6.2. *Opinie EC omtrent de toepassing van de ontvlechtigingsvereisten*

De Europese Commissie stelt dat de Nederlandse situatie in strijd is met het Europees recht. Onlangs verscheen een advies van de Europese Commissie over de certificering van TenneT met betrekking tot het beheer van het offshore-netwerk.<sup>127</sup> In dit advies heeft de Europese Commissie haar zorgen geuit omtrent een aantal bevoegdheden van de Minister van EZ ten aanzien van TenneT. Het gaat hier om het vereiste van goedkeuring van de minister voor het aanwijzen van iemand in de raad van toezicht van TenneT, het vereiste van goedkeuring van de minister voor een statutaire wijziging en als laatste de toetsing van de minister van de noodzakelijkheid van bijzondere investeringen op basis van artikel 20e Elektriciteitswet. Volgens de Europese Commissie wordt niet voldaan aan de ontvlechtigingsvereisten van artikel 9 lid 1 Richtlijn 72/2009/EG. De Minister van EZ is, zoals eerder beschreven, de beheerder van de belangen in GasTerra en EBN, maar dient dus ook een oordeel te vellen over de noodzakelijkheid van bijzondere investeringen in het transmissienetwerk door TenneT. Het oordeel omtrent de noodzakelijkheid van investeringen op basis van artikel 20e Elektriciteitswet wordt door de Europese Commissie een de facto ‘vetorecht’ genoemd. Dit omdat bij een negatief oordeel over de noodzakelijkheid, de transmissiesysteembeheerder geen mogelijkheid heeft om zijn investering terug te verdienen.

Wat opvalt aan de opinie van de Europese Commissie is dat alleen wordt ingegaan op het niet voldoen aan de ontvlechtigingsvereisten in combinatie met de bevoegdheden van de Minister van EZ. De Europese Commissie laat zich niet uit over de bevoegdheid van de minister in het algemene kader van investeringen en de verhouding van deze bevoegdheden tot de Europese onafhankelijk-

120 Artikel 1 onderdeel a Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

121 Artikel 21 lid 1 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

122 CbB 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470; Lavrijsen & Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 419-445.

123 Artikel 16 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

124 Lavrijsen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 190. CbB 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470; Lavrijsen & Ottow, *Legal Issues of Economic Integration* 39, vol. 4 (2012), p. 419-445.

125 Lavrijsen, *RegelMaat* 2015/30, afl. 3, p. 188; C.J. Hanretty, P. Larouche & A.P. Reindl, *Independence, accountability and Perceived Quality of Regulators* (a CERRE Study), 2012, p. 14.

126 Lavrijsen & Vitez, *TvC* 2015, afl. 4, p. 185.

127 COMMISSION OPINION of 22.6.2016 pursuant to Article 3(1) of Regulation (EC) No 714/2009 and Article 10(6) of Directive 2009/72/EC – the Netherlands – Certification of TenneT TSO B.V. (as TSO for the offshore grid).

heidseisen. In samenhang met de vorige paragraaf rijst hier de vraag of de Europese Commissie op zichzelf geen problemen heeft met de inspraak van de minister en dus van mening is dat dit onder de toegelaten beleidsbevoegdheden van de minister valt, of dat de Europese Commissie niet aan dit onderwerp is toegekomen. Daarnaast heeft de minister niet alleen via de noodzakelijkheidstoets van artikel 20e Elektriciteitswet de mogelijkheid tot dergelijke beslissende inspraak, maar ook via de RCR-procedure voor de beoordeling van grote investeringen en investeringen van nationaal belang. Dus er lijken nog meer problemen inzake de naleving van de ontvlechtingseisen te zijn dan door de Europese Commissie wordt opgemerkt in het hierboven genoemde advies.

In een reactie wijst de ACM erop dat de bevoegdheid tot benoeming van de raad van toezicht is vervallen en dat de overige twee bevoegdheden ook vervallen als het wetsvoorstel Voortgang Energietransitie wordt aangenomen. Zij is daarom van mening dat alle bezwaren van de Europese Commissie worden weggenomen.<sup>128</sup> Echter, de vraag is of dat daadwerkelijk zo is, aangezien de minister zijn bevoegdheid tot de ex-antetoetsing van de investeringsplannen inzake transmissiesystemen behoudt (zie par. 7).

## 7. Toekomstige wetgeving

Eind vorig jaar is het wetsvoorstel Stroom in de Eerste Kamer gestrand. Een deel van deze inhoud is nu overgenomen in het wetsvoorstel Voortgang Energietransitie (VET).<sup>129</sup>

Het wetsvoorstel VET introduceert een verandering op het gebied van investeringsplannen. Waar in de huidige wetgeving een KCD moet worden opgesteld, wordt dit vervangen door een investeringsplan. Het is de bedoeling dat de rolverdeling omtrent de toetsing van de noodzakelijkheid van investeringen beter wordt afgebakend.<sup>130</sup> De ACM krijgt een expliciete taak om de noodzakelijkheid van de investeringen in de energiesystemen te toetsen bij de beoordeling van het investeringsplan. Indien het ontwerp investeringsplan betrekking heeft op een transmissiesysteem, wordt het ook beoordeeld door de Minister van EZ. De Minister van EZ toetst bij investeringen in de transmissienetten in hoeverre rekening is gehouden met de ontwikkelingen in de energiemarkt. De minister kan zelfs een bindende gedragslijn opleggen aan de transmissiesysteembeheerder in het kader van de verplichting om rekenschap te geven van ontwikkelingen in de energiemarkt.<sup>131</sup> Daarnaast wordt vastgelegd dat belanghebbenden van tevoren inspraakmogelijkheden hebben ten aanzien van het ontwerp investeringsplan van de systeembeheerders. De systeembeheerder moet de

ingediende zienswijzen verwerken in het plan en stelt het plan vast met inachtneming van de resultaten van de consultatie en de toetsing door de ACM. Het voorstel vereist niet dat het plan expliciet wordt goedgekeurd of vastgesteld door de ACM. De ACM mag wel een bindende aanwijzing opleggen ten aanzien van de naleving van haar zienswijzen (artikel 5a Elektriciteitswet 1998 en artikel 1b Gaswet) hetgeen moet leiden tot de aanpassing van het plan door de netbeheerder. De investeringen die in het plan zijn opgenomen, worden op grond van de wet noodzakelijk geacht. Op die grond mogen ze worden doorgerekend in de netwerk tarieven door de systeembeheerders.

Uit bovenstaande systematiek kan worden geconcludeerd dat in het voorgestelde systeem, in tegenstelling tot het huidige systeem, een duidelijk procedureel moment bestaat waarop de noodzaak van de investeringen wordt beoordeeld door de ACM en de systeembeheerders. Ook is voorzien in inspraak vooraf voor belanghebbenden. De vraag is echter of dit geen wassen neus is in de praktijk en of de procedures op dusdanige wijze worden gevoerd dat consumenten zich ook daadwerkelijk gehoord voelen. De ervaringen van belanghebbende burgers inzake de participatie in (ruimtelijke) procedures in energieprojecten zijn immers vaak niet positief. Omwonenden van grote infrastructuurprojecten klagen steen en been dat zij zich niet gehoord voelen door de betrokken gemeentelijke en provinciale instanties.<sup>132</sup> Meer fundamenteel kan de vraag worden gesteld of de voorgestelde vernieuwde procedure daadwerkelijk leidt tot een betere ex-ante toetsing van de noodzaak van de investeringen. Allereerst zal de ACM de investeringen slechts op redelijkheid toetsen, zonder dat sprake is van een gedetailleerde controle van de doelmatigheid van de verschillende alternatieven. Dit is een groot probleem, want indien de plannen worden goedgekeurd door de ACM en worden aangenomen door de systeembeheerders, is de noodzakelijkheid van deze investeringen gegeven. Dat wil zeggen dat de systeembeheerders de (efficiënte) kosten van deze investeringen mogen doorberekenen in de tarieven. Hierbij moet worden opgemerkt dat wordt verwacht dat de systeembeheerders de komende jaren miljarden aan investeringen moeten doen. De goedkeuring van de investeringsplannen heeft dus grote gevolgen voor de burgers. Hierdoor bestaat nog steeds een aanzienlijk risico dat de investeringen niet noodzakelijk en doelmatig zijn en de systeemgebruikers te hoge tarieven moeten betalen. Daarnaast blijft de Minister van EZ een grote rol behouden bij de toetsing van investeringen in de transmissienetten. Deze rol staat op gespannen voet met de Europese onafhankelijkheidsbepalingen, die vereisen dat het toezicht op de transmissiesysteembeheerder en de regulering van de voorwaarden en tarieven inzake toegang tot de transmissienetten in bepaalde mate onafhankelijk van

128 ACM, Besluit certificering TenneT netbeheerder net op zee, 15 juli 2015, randnummer 100.

129 Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (Voortgang energietransitie), *Kamerstukken II 2016/17*, 34627, 2.

130 Wetsvoorstel Voortgang Energietransitie, *Kamerstukken II 2016/17*, 34627, 3, p. 7. Zie artikel U en J van het wetsvoorstel VET.

131 Zie artikel U lid 12 en artikel J lid 11 van het wetsvoorstel VET.

132 Zie hierover: [www.houten.nl/burgers/overheid-en-democratie/uw-mening-telt/inspraak/](http://www.houten.nl/burgers/overheid-en-democratie/uw-mening-telt/inspraak/), geraadpleegd op 28 april 2016. Zie ook R. van Est & A. van Waes, *Elflessen voor een goede Energiedialoog*, Den Haag: Rathenau Instituut 2016, p. 68.

de politiek en de marktpartijen (dus ook van de Staat als aandeelhouder) plaatsvindt. De regeling bevat namelijk geen bijzondere waarborgen om te voorkomen, dat de minister specifieke aanwijzingen geeft over specifieke projecten bij de beoordeling van de investeringsplannen. Het kan serieus worden betwijfeld of de situatie wel wezenlijk verandert met de voorgestelde wijzigingen. Door de nog steeds aanwezige mogelijkheid voor de minister om specifieke aanwijzingen te geven inzake de investeringsplannen worden de bezwaren van de Europese Commissie inzake de Europese ontvlechtingseisen net zo min als de bezwaren inzake de Europese onafhankelijkheidseisen daadwerkelijk opgeheven. Daarnaast is geen sprake van een integrale controle van de investeringsplannen. De toets van de ACM wordt wettelijk teruggebracht tot terughoudende toets, aangezien de investeringen alleen worden gecontroleerd in het licht van redelijkheid, zonder dat sprake is van een gedetailleerde controle van de doelmatigheid van de verschillende alternatieven.<sup>133</sup>

## 8. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het toezicht op de investeringsplannen van de transmissiesysteembeheerder momenteel niet voldoende onafhankelijk en voldoende omvattend is geregeld. Betwist kan worden of de wijze waarop de Elektriciteitswet 1998 momenteel het toezicht op de investeringsplannen regelt wel voldoet aan de Europese onafhankelijkheidseisen.<sup>134</sup> Met name de mogelijke rol die de Minister van EZ kan spelen bij de ex ante beoordeling van specifieke investeringen is discutabel. Bij het wetsvoorstel Voortgang Energietransitie lijkt deze situatie niet te worden opgelost. Men kan zich afvragen of de voor de minister voorgestelde bevoegdheid tot toetsing van de investeringsplannen aan een open norm en de mogelijkheid tot het opleggen van een bindende gedragslijn, niet alsnog in strijd is met de Europese onafhankelijkheids- en ontvlechtigingsvereisten. Hij kan namelijk nog steeds een de facto 'vetorecht' uitoefenen ten aanzien van de voorgenomen investeringen die zijn opgenomen in het investeringsplan.

Daarnaast is het toezicht op de investeringsplannen niet voldoende omvattend en vindt de noodzakelijkheidstoets te terughoudend plaats. Hoewel de minister van mening is dat de verdergaande Europese eisen inzake investeringsplannen alleen van toepassing zijn op de onafhankelijke transmissiesysteembeheerder (ITO-model) en dus niet op de Nederlandse transmissiesysteembeheerder (OU-model), ligt het in de geest van de Europese richtlijnen om de Europese eisen inzake investeringsplannen en de

bevoegdheden van de toezichthoudende instantie niet te beperkt uit te leggen.<sup>135</sup> Aangezien de investeringsplannen van alle typen transmissiesysteembeheerders deel moeten uitmaken van het tienjarige netontwikkelingsplan van de ENTSO-E en het Europese netontwikkelingsplan gebaseerd dient te worden op de nationale investeringsplannen, is het ontbreken van minimumregels inzake investeringsplannen voor de volledig ontvlochten transmissiesysteembeheerders niet consistent met de logica en het systeem van de Europese bepalingen inzake investeringsplannen.<sup>136</sup> Het zou in de geest van de Europese richtlijnen liggen om voor alle vormen van ontvlechting dezelfde eisen te stellen aan de transmissiesysteembeheerders wat betreft de goedkeuring en inhoud van de investeringsplannen alsmede het toezicht hierop. Daarnaast wordt internationale samenwerking tussen de transmissiesysteembeheerders vereenvoudigd, omdat de nationale investeringsplannen van de nationale transmissiesysteembeheerders dan aan dezelfde eisen moeten voldoen. De Europese richtlijn zou op dit punt moeten worden verduidelijkt. Het voorstel voor de wijziging van de Elektriciteitsrichtlijn neemt de gesignaleerde inconsistenties helaas niet weg.

Het wetsvoorstel VET voorziet in de invoering van een investeringsplan, dat periodiek moet worden opgesteld. Het wetsvoorstel VET stelt dat de noodzakelijkheid van investeringen aanwezig wordt geacht als de investering is opgenomen in het door de ACM respectievelijk de minister goedgekeurde investeringsplan. De marginale toets van het plan door de ACM en de toetsing op een open norm door de minister geeft allerm minst een waarborg voor een omvattende ex-antetoetsing van de investeringsplannen en de goedkeuring van doelmatige en adequate investeringen.

De nationale wettelijke regeling zou de verantwoordelijkheden van de minister en de ACM bij het toezicht op de investeringsplannen verder moeten verduidelijken. Indien met het systeem van tariefregulering de doelmatigheid van de transmissiesysteembeheerder moet worden bevorderd, zou het logisch en consistent zijn dat ook de investeringsplannen ex ante inhoudelijk en integraal worden beoordeeld door de ACM. Deze inhoudelijke beoordeling zou door de onafhankelijke toezichthouder moeten worden uitgevoerd, terwijl de minister een beleidskader stelt waaraan de toezichthouder moet toetsen. De minister zou aan mogen geven wat de belangrijkste beleidsdoelen en afwegingen zijn waarmee de toezichthouder rekening moet houden, maar de concrete uitvoering van de toetsing van de plannen dient bij de toezichthouder te liggen. Indien het Nederlandse toezicht op de investeringsplannen met inachtneming van bovengenoemde verantwoordelijkheden wordt ingericht, wordt gewaarborgd dat de Europese onafhankelijkheidsvereisten en tevens de ontvlechtigingsvereisten worden nageleefd.

133 Lavrijssen 2016, p. 37.

134 Artikel 37 Richtlijn 2009/72/EG.

135 Kamerstukken I 2015/16, 34199, G, p. 13.

136 Artikel 37 lid 1 onderdeel g Richtlijn 2009/72/EG en artikel 8 lid 10 onderdeel a en lid 11 Verordening (EG) 714/2009.