PELS RIJCKEN

Advies

voor	Gemeente Amsterdam; [redacted]
van	[redacted]
datum	12 februari 2020
inzake	Quick scan juridisch instrumentarium congestie
zaaknr	11012942

1 Inleiding

1.1 De gemeente Amsterdam verwacht dat een combinatie van gebiedsontwikkeling en ontwikkelingen op de elektriciteitsmarkt kan gaan leiden tot congestie in het (elektriciteits)net van netbeheerder Liander N.V. ("**Liander**") in Amsterdam.

1.2 De gemeente wil maatregelen verkennen om die dreigende congestie te bedwingen. In dat verband heeft de gemeente ons vier vragen gesteld. Die beantwoorden wij hierna vanuit juridisch perspectief op hoofdlijnen. Wij besluiten deze notitie met enkele slotopmerkingen.

2 Vragen en antwoorden

VRAAG:

Heeft Liander juridische mogelijkheden om zelf (niet via een derde partij) – via de 'flexmarkt' of opslag (batterij/waterstof) – haar net te balanceren? Zo ja, welke juridische mogelijkheden zijn er? Zo nee, waarom niet en wat is hiervoor de motivatie van de wetgever?

ANTWOORD PRDF:

2.1 Bij de beantwoording van de vragen van de gemeente in deze notitie gaan wij ervan uit dat gemeente onder 'flexmarkt' een markt of platform verstaat dat zou kunnen dienen om pieken en dalen in de elektriciteitsvraag en -productie op te vangen, bijvoorbeeld door lokale elektriciteitsproductie en –afname op elkaar af te stemmen en aldus de belasting van Lianders net te beperken (dat kan leiden tot '*peak shaving*').

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 19/2015. Daarin is een aansprakelijkhe dsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwal te tsrekening notariaat 21 30.13.495

2.2 Die 'flexmarkt' heeft ook raakvlakken met de 'balancering' van het net. Terwijl Liander wel activiteiten zou kunnen ontplooien in relatie tot de 'flexmarkt', kan zij geen rol vervullen bij de 'balancering' van de netten.

2.3 Liander is namelijk een netbeheerder in de zin van de Elektriciteitswet 1998 ("**E-wet**").[1] Een netbeheerder beheert een of meer (elektriciteits)netten[2]. Omdat er doorgaans maar één net in de grond ligt, beschikt de netbeheerder over een 'natuurlijk monopolie'. De E-wet reguleert dat monopolie strikt:

i. Een netbeheerder mag uitsluitend de taken uitvoeren die hem bij of krachtens de E-wet zijn opgedragen, zoals het beheren en maken van aansluitingen op en het transporteren van elektriciteit over een net – ook wel: netbeheerstaken.[3]

ii. De netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet,[4] TenneT TSO B.V. ("**TenneT**") heeft extra taken, in aanvulling op de algemene netbeheerstaken.[5]

iii. Alleen netbeheerders mogen netbeheerstaken uitvoeren.[6]

iv. Andere entiteiten binnen de groep[7] waarvan de netbeheerder doorgaans deel uitmaakt mogen binnen grenzen wél andere dan netbeheerstaken verrichten, al moeten die wel verband houden met het netbeheer.[8] De E-wet omschrijft die activiteiten limitatief, al bestaat de mogelijkheid activiteiten die de groepsmaatschappij van de netbeheerder mag uitvoeren bij algemene maatregel van bestuur uit te breiden.[9]

Overigens onderscheidt de E-wet van netten die in beheer zijn bij netbeheerders bepaalde andere infrastructuur die in meerdere of mindere mate gereguleerd is.

- Zo kent de E-wet de 'directe lijn'[10] die – kortweg – een elektriciteitsproducent (door tussenkomst van een elektriciteitsleverancier) verbindt met een of meer verbruikers. De 'directe lijn' is nauwelijks gereguleerd en voor het beheer daarvan hoeft men ook geen netbeheerder aan te wijzen.
- Ook kent de E-wet het 'gesloten distributiesysteem'[11]. Dat is een net dat op een geografisch begrensde locatie dient voor de elektriciteitsvoorziening van – kortweg – (i) afnemers van wie het bedrijfs- of productieproces om technische of veiligheidsredenen verweven is ofwel (ii) primair afnemers die deel uitmaken van dezelfde groep van ondernemingen. Voor het exploiteren van een 'gesloten distributiesysteem' is een ontheffing vereist. Voor die exploitatie gelden nadere voorwaarden.

---

1 Art. 1(1)(k) E-wet.
2 Art. 1(1)(i) E-wet.
3 Artt. 16 jo. 17 jo. 17a E-wet.
4 Artt. 1(1)(j) jo. (k) E-wet.
5 Art. 16(2) E-wet.
6 Art. 16(3) en art. 18 E-wet. Overigens, een netbeheerder mag – binnen grenzen – wel werkzaamheden aan derden uitbesteden.
7 In de zin van art. 2:24b BW.
8 Art. 17(c) 1 jo. 2 E-wet.
9 Art. 17(c) E-wet.
10 Art. 1(1)(ar) E-wet.
11 Art. 1(1)(aq) jo. 15 E-wet.

De 'directe lijn en het 'gesloten distributiesysteem' zijn uitzonderingen op de hoofdregel dat netten in beheer zijn bij een netbeheerder. Wij laten deze uitzonderingen hier verder rusten.

2.4 De E-wet belegt de balancering van alle netten exclusief bij TenneT als onderdeel van de 'systeemdiensten'[12] die TenneT onder meer moet verrichten.[13] Die systeemdiensten dienen om het transport van elektriciteit over *alle* netten op een veilige en doelmatige wijze te verzekeren, grootschalige transportonderbrekingen op te lossen en de energiebalans op *alle* netten te handhaven of te herstellen. Dat betekent dat TenneT op ieder moment de balans op *alle* netten moet handhaven; zo'n evenwicht is een noodzakelijke voorwaarde voor het elektriciteitstransport.

2.5 Kortom, TenneT moet de Nederlandse netten dus ook balanceren als onderdeel van haar taak systeemdiensten te verrichten.

Dat alleen TenneT systeemdiensten verricht en die taak niet aan andere – regionale – netbeheerders, zoals Liander, is opgedragen, lijkt op zich goed te verklaren. TenneT heeft als netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet controle over de ruggengraat van de netten en kan daarmee goed elektriciteitsstromen via alle daarop aangesloten netten coördineren. Daarbij beheert TenneT ook de verbindingen met buitenlandse netten en moet zij de balans op die verbindingen natuurlijk ook in de gaten houden.

2.6 TenneT handhaaft de balans op de netten onder meer door de inzet van regel-, reserve- en noodvermogen.[14]

2.7 Liander kan dus geen rol vervullen bij de balancering van haar netten.

2.8 Liander kan evenwel een andere rol vervullen – via de 'flexmarkt'. Liander kan namelijk bijvoorbeeld het bij elkaar brengen vraag naar en aanbod van elektriciteit faciliteren via een platform.

2.9 Een entiteit binnen een netbeheersgroep mag namelijk een energiebeurs oprichten of daarin deelnemen, zo volgt uit de E-wet.[15]

De E-wet definieert het begrip 'energiebeurs' niet, maar afgaande op de activiteiten van bestaande 'energiebeurzen', zou men daaronder een platform kunnen verstaan dat vraag naar en aanbod van elektriciteit bij elkaar brengt en waarop men transacties kan sluiten ter zake van de levering van een hoeveelheid elektriciteit op een bepaald moment in de toekomst. In zoverre vertoont een energiebeurs gelijkenissen met een goederentermijnmarkt of een effectenbeurs.

[12] Art. 1(1)(p) E-wet.
[13] Art. 16(2)(a) E-wet.
[14] H. 10 Netcode elektriciteit.
[15] Art. 17c(2)(a)(8) E-wet.

> Van handelstransacties op zo'n beurs of termijnmarkt kan men ook weer 'optierechten' afleiden, bijvoorbeeld de optie om tegen een vooraf bepaalde prijs op een vooraf bepaald moment een bepaalde hoeveelheid elektriciteit te kopen of te verkopen.

2.10 De Alliander-groep, waartoe Liander behoort, zou dus wel een energiebeurs kunnen inrichten. Die energiebeurs zou mogelijk kunnen dienen om vraag en aanbod op elkaar af te stemmen en daarmee de balans in het net mede te bepalen. In hoeverre een energiebeurs hiervoor mogelijkheden biedt is vooral een technische en economische vraag.

2.11 De Alliander-groep heeft eerder enkele (handels)platforms ingericht om bij wijze van test – lokaal – vraag en aanbod beter op elkaar af te stemmen: HOOM, MPARE en EXE. De ACM en de rechtbank Rotterdam hebben die activiteiten in overeenstemming geoordeeld met de toen geldende wet- en regelgeving.[16]

2.12 De Alliander-groep mag evenwel geen activiteiten ontplooien op het vlak van de opslag van elektriciteit, zo volgt uit de – parlementaire geschiedenis inzake de – E-wet.[17]

> Uitvoering van opslagactiviteiten zou zich niet verdragen met het 'groepsverbod' dat verbiedt dat de netbeheerdersgroep activiteiten verricht op het vlak van productie en levering van dan wel handel in elektriciteit.[18] De opslag van elektriciteit veronderstelt immers dat men de elektriciteit die men wil opslaan produceert of koopt van een andere partij. Bij ontlading van de opslag zal men de elektriciteit doorgaans weer aan een derde leveren. Bij opslag voert men dus activiteiten uit 'in concurrentie' en dat mag de gereguleerde netbeheerder niet.
>
> NB. Dit verbod geldt niet voor de gemeente Amsterdam. Zij mag wél activiteiten ontplooien op het vlak van de opslag van elektriciteit.

2.13 De E-wet voorziet ook in de mogelijkheid om bij wijze van experiment af te wijken van bepaalde wet- en regelgeving. Voor zo'n experiment kan men ontheffing aanvragen. Van de wet- en regelgeving die hier in de weg zou staan aan balancerings- of opslagactiviteiten van Liander kan men echter geen ontheffing krijgen, ook niet volgens het ontwerp voor een nieuwe algemene maatregel van bestuur dat ter uitwerking van die regeling dat nu voorligt. Een beroep op de experimenteerregeling lijkt dan ook niet nuttig.[19]

VRAAG:

---

16 ACM, besluit van 22 april 2016; rechtbank Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7034. Zie ook: https://www.alliander.com/nl/exe-mag-transactieplatform-entrnce-voortzetten/.
17 Zie art. 17c(2) E-wet en Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 627, nr. 22, p. 8. Zie ook: ACM, Invulling tijdelijke taken, experimenten en activiteiten onder VET, p. 4-5.
18 Art. 10b E-wet.
19 Art. 7a E-wet.

Is het mogelijk voor Liander als netbeheerder – als zij de congestie al redelijkerwijs ziet aankomen – congestiemanagement toe te passen of maatregelen te nemen via de 'flexmarkt' voordat er een congestie conform de Netcode elektriciteit is afgekondigd?

ANTWOORD PRDF:

2.14 Ja, Liander kan al maatregelen treffen indien zich 'fysieke' congestie voordoet.

2.15 Alvorens dit antwoord verder toe te lichten, behoeven de termen 'congestie' en congestiemanagement enige toelichting. Kortweg betekent 'congestie' dat er meer vraag is naar transportcapaciteit dan het net aankan. Op grond van de E-wet geldt er een systeem dat de netbeheerder moet toepassen om 'congestie' te verhelpen. Dit systeem heet 'congestiemanagement'.

2.16 Een eerste maatregel die Liander kan nemen bij 'fysieke' congestie is verbruikers en producenten met een opgesteld vermogen van meer dan 60 MW te verplichten bij te dragen aan het oplossen van die 'fysieke' congestie onder vooraf overeen te komen voorwaarden.[20]

2.17 Als Liander transportproblemen verwacht, kan zij verder ook maatregelen treffen om die op te lossen. Daartoe spreekt Liander met andere netbeheerders af hoe zij elkaar bij transportproblemen kunnen ondersteunen en kan Liander aangeslotenen vragen meer of minder te produceren of af te nemen. TenneT vervult daarbij een coördinerende rol.[21]

2.18 Dreigen vervolgens opnieuw transportproblemen, dan kan de Liander 'restricties' opleggen: zij accepteert dan geen wijzigingen meer in 'transportprognoses' voor elektriciteitsproductie-installaties die zijn aangesloten op haar net als die leiden tot nieuwe transportproblemen.[22]

> Dergelijke transportprognoses moet een elektriciteitsproducent dagelijks aan de netbeheerder verstrekken op wiens net hij is aangesloten.[23] De elektriciteitsproducent moet TenneT overigens ook via een 'energieprogramma' dagelijks – laten – informeren over de hoeveelheid elektriciteit die hij per uur de volgende dag op het net verwacht te zullen zetten of daarvan verwacht te zullen afnemen. Die laatste verplichting geldt overigens voor álle afnemers. Het voert te ver in het kader van deze notitie dit systeem verder toe te lichten.

[20] Art. 9.1(1) Netcode elektriciteit.
[21] Art. 9.2 Netcode elektriciteit. Zie tevens art. 9.19 Netcode elektriciteit.
[22] Art. 9.2(4) Netcode elektriciteit.
[23] Art. 13.12 Netcode elektriciteit.

2.19 Bij dreigende grootschalige storingen kan de netbeheerder ook opdragen belasting af te schakelen, meer of minder te produceren of een aangesloten – regionale – netbeheerder verplichten de transportvraag te verminderen.[24]

2.20 De hiervoor geschetste acties hebben natuurlijk ook kenmerken van 'congestiemanagement'. Toch houdt 'congestiemanagement' iets anders in. Een van de belangrijkste netbeheerstaken is op verzoek van een partij die partij een aanbod te doen elektriciteit te transporteren via zijn net.[25] Congestiemanagement ziet op de situatie dat de netbeheerder niet in staat is zo'n aanbod te doen.[26]

2.21 Als Liander dus constateert dat zij op een bepaald deelnet in een bepaald gebied de transportverzoeken niet volledig kan honoreren, dient zij te onderzoeken of congestiemanagement een oplossing kan bieden. Daartoe dient zij een vooraankondiging te publiceren dat sprake kan zijn van structurele congestie. Daarop moet Liander onderzoeken of congestiemanagement een oplossing biedt. Als congestiemanagement een oplossing biedt, zal zij dat – kortweg – moeten toepassen.

2.22 Overigens zou Liander in een voorkomend – uitzonderlijk en tijdelijk – geval wél kunnen vragen om een ontheffing van regelgeving die geldt op basis van de E-wet, bijvoorbeeld regelgeving ter zake van het aanhouden van de 'enkelvoudige storingsreserve' in een groot onderstation (n-1). Grote onderstations zijn namelijk doorgaans 'dubbel' uitgevoerd, zodat, als de elektriciteitsvoorziening via de ene kabel of installatie in het onderstation uitvalt, die voortgang kan blijven vinden via de andere kabel of installatie. Liander heeft voor haar onderstation Haarlemmermeer destijds zo'n ontheffing verkregen.[27] Of ontheffing van de 'n-1'-regelgeving dan wel andere regelgeving hier soelaas zou kunnen bieden, is primair een technische vraag.

VRAAG:

Welke juridische mogelijkheden hebben de gemeente en Liander om een 'flexmarkt' en opslag in Amsterdam te realiseren? Wat kan de gemeente zelfstandig (dus zonder Liander) al doen? Wat is vanuit juridisch perspectief de beste keuze voor de gemeente en hoe kan zij die organiseren?

ANTWOORD PRDF:

2.23 Uit onze antwoorden op vragen 1 en 2 volgt dat Liander beperkte mogelijkheden heeft om een 'flexmarkt' te realiseren, namelijk via een 'energiebeurs'. De Alliander-groep mag zich niet bezighouden met opslag.

---

[24] Art. 9.2(11) Netcode elektriciteit.
[25] Art. 24 E-wet.
[26] Art. 9.4(1) Netcode elektriciteit.
[27] Art. 37a E-wet; zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/ontheffingsbesluit-liander-voor-150-20-kv-net-os-haarlemmermeer.

2.24 De gemeente mag in beginsel beide wel. Desgewenst kan de gemeente zelfstandig (dus zonder Liander) een opdracht voor opslag in de markt zetten. Daarbij zal de gemeente uiteraard het aanbestedingsrecht in acht moeten nemen. Dat betekent dat zij een Europese aanbesteding moet organiseren bij overschrijding van de 'drempelwaarden', terwijl de gemeente – op grond van de Aanbestedingswet, Gids Proportionaliteit en eigen aanbestedingsbeleid – ook beneden de drempelwaarden gehouden kan zijn een vorm van competitie uit te schrijven.

2.25 Op zich mag de gemeente met een of meer entiteiten uit de Alliander-groep een samenwerking aangaan. Zo'n samenwerking lijkt ons echter weinig toegevoegde waarde hebben, nu de mogelijkheden voor de Alliander-groep binnen die samenwerking beperkt zijn. De Alliander-groep mag zich immers niet bezighouden met opslag. Een gezamenlijke aanbesteding door de gemeente en een entiteit uit de Alliander-groep zou men al snel kunnen opvatten als een omzeiling van dat verbod. Sterker, gemeenschappelijke opdrachtverlening via een aanbesteding zou het zelfs moeilijker kunnen maken om (niet aan Liander toegestane) opslag te bewerkstellingen.

2.26 Wij begrijpen dat de gemeente in dit verband ook de oprichting van een gemeenschappelijk investeringsfonds overweegt. Bij de oprichting daarvan spelen in uitgangspunt echter dezelfde bezwaren. Indien het fonds opdrachten verstrekt waarvan de Alliander-groep zich wettelijk dient te onthouden, zou dat ook kunnen kwalificeren als omzeiling. Op voorhand lijken het nut en de noodzaak van een gemeenschappelijk investeringsfonds dan ook beperkt.

2.27 Mocht de gemeente niettemin (al dan niet gezamenlijk met Liander) overgaan tot oprichting van een investeringsfonds, dan spelen daarbij onder meer de volgende juridische aandachtspunten.[28]

- Deelnemingenbeleid: Als het fonds wordt vormgegeven als een aparte rechtspersoon (NV of BV) waarin de gemeente aandelen houdt, speelt het gemeentelijk deelnemingenbeleid een rol.[29] De gemeente Amsterdam laat alleen taken uitvoeren die voortkomen uit een *gemeentelijk publiek belang*, die volledige betrokkenheid van de gemeente *noodzakelijk* maken. Daarnaast dient rekening gehouden te worden met een uitgebreide besluit- en goedkeuringsprocedure.

- Aanbestedingsrecht: De gemeente en Liander zijn beide aanbestedende diensten. Zij moeten opdrachten aan het fonds in uitgangspunt aanbesteden, tenzij een beroep op de 'quasi-inhouse'-uitzondering opgaat. Om dat beroep

[28] Wij wijzen u graag op de 'juridische totaalscan (resolverende) overheidsfondsen – een vogelvlucht' die is opgenomen op onze website en diverse andere juridische kanten ter zake de oprichting van een fonds belicht worden: https://www.pelsrijcken.nl/sites/default/files/315073/juridische_totaalscan_fondsen.pdf

[29] Het deelnemingenbeleid is op 13 maart 2013 door de gemeenteraad vastgesteld. Het addendum bij het deelnemingenbeleid is op 12 maart 2014 door de gemeenteraad vastgesteld. https://www.amsterdam.nl/bestuur-organisatie/organisatie/overige/deelnemingen/deelnemingenbeleid/

te kunnen doen zouden de gemeente en Liander gezamenlijk toezicht moeten houden op het fonds 'als ware het hun eigen dienst'. Indien het fonds meer op afstand komt, zal in uitgangspunt sprake zijn van een aanbestedingsplicht. Zoals ook blijkt uit de vraagstelling, is het fonds waarschijnlijk zelf een aanbestedende dienst.

- Staatssteun: Uit eerdere beschikkingen[30] blijkt dat de Europese Commissie niet zal toetsen of op het niveau van het fonds sprake is van begunstiging, indien het fonds slechts fungeert als tussenconstructie ('doorgeefluik') van de gemeente (en Liander). Wel wijzen wij op de recente beschikking van de Europese Commissie over de oprichting van Invest-NL, waarin de Commissie de kapitaalinjectie van € 2,5 miljard voor impactinvestering staatssteun[31] achtte, maar deze steun wel verenigbaar vond met de interne markt.

  Afhankelijk van de precieze opzet en inrichting van het fonds zou de Europese Commissie een aanmelding van staatssteun noodzakelijk kunnen achten.

  Hoe dan ook mag de fondsbeheerder niet meer dan een marktconforme vergoeding voor zijn activiteiten ontvangen. Indien het fonds opdrachten op de markt zet via aanbestedingen, mag men ervan uitgaan dat de prijs van de winnende inschrijver marktconform is. In de relatie tussen het fonds en diens opdrachtnemers speelt het staatssteunrecht geen rol.

VRAAG:

Kan de gemeente (al dan niet vanuit een wettelijke taak) in overeenkomsten met private projectontwikkelaars eisen stellen aan de wijze waarop rekening wordt gehouden met de belasting van het elektriciteitsnetwerk? In welke mate speelt de doorkruisingsleer daarbij?

ANTWOORD PRDF:

Woningwet/Bouwbesluit 2012

2.28 Als de gemeente slechts grond uitgeeft, kan zij in beginsel niet afwijken van de voorwaarden die zij standaard hanteert in dat verband. Eisen aan de belasting van het net vormen naar onze verwachting geen onderdeel van die standaardvoorwaarden en kan de gemeente dan ook niet stellen.

[30] Vergelijk de beschikkingen van de Commissie van 30 juni 2004 en 7 december 2005 in de zaken N 89/2004 en N 395/2005.
[31] In de zin van art. 107(1) VWEU.

2.29 In een aanbesteding van een specifiek project kan de gemeente wel nadere eisen stellen. Wij denken echter dat de gemeente dan geen voorschriften kan opnemen ter zake van de belasting van het net.

2.30 De Woningwet belet de gemeente namelijk rechtshandelingen[32] te verrichten die betrekking hebben op de onderwerpen waarin bij of krachtens het Bouwbesluit 2012 is voorzien.[33]

2.31 Het Bouwbesluit 2012 bevat enkele regels over de elektriciteitsvoorziening in gebouwen, zoals toepasselijke NEN-normen en een aansluitplicht – onder voorwaarden – op het lokale net. Beide soorten voorschriften lijken ons geen basis te bieden om nadere eisen te stellen ter zake van de belasting van het (elektriciteits)net.

2.32 Het Bouwbesluit 2012 voorziet weliswaar in overgangsrecht, zoals ter zake van de verplichte aansluiting op een warmtenet, maar niet ter zake van – de belasting van – (elektriciteits)netten.[34] De Amsterdamse Bouwverordening 2003 zou ter zake van de belasting van het net dan ook geen afwijkende regels mogen stellen en stelt die volgens ons ook niet.[35]

2.33 De gemeente zou in een voorkomend geval met een private projectontwikkelaar een uitzondering op het Bouwbesluit 2012 kunnen overeenkomen, maar dan moet de daartoe strekkende afspraak wel tot stand komen op basis van gelijkwaardigheid en vrijwilligheid. De vraag wanneer precies sprake is van gelijkwaardigheid en vrijwilligheid laat zich in praktijk vaak lastig beantwoorden. Hiervan zal vooral sprake kunnen zijn als de gemeente onderhandelt met een aanzienlijke marktpartij, of in het kader van een publiek-private samenwerking. Als de gemeente echter een bepaling opneemt, zonder dat sprake is van gelijkwaardigheid en vrijwilligheid, kan de wederpartij de nietigheid van deze bepaling inroepen.

Omgevingswet

2.34 Ook de Omgevingswet – die gepland staat voor inwerkingtreding in 2021 – en de aanverwante algemene maatregelen van bestuur bieden geen basis om nadere eisen te stellen ter zake van de belasting van het (elektriciteits)net. Het Besluit bouwwerken leefomgeving ("**Bbl**") bevat net als het Bouwbesluit 2012 regels met betrekking tot de elektriciteitsvoorziening in gebouwen, zoals regels over toepasselijke NEN-normen voor bestaande en nieuwbouw en specifieke aansluitplichten[36]. Net als onder het Bouwbesluit 2012 geldt echter ook hier dat deze regels geen basis bieden om nadere eisen te stellen ter zake van de belasting van het (elektriciteits)net. Nu ook de Omgevingswet belet dat rechtshandelingen naar burgerlijk recht worden verricht over

[32] Naar burgerlijk recht.
[33] Art. 122 Woningwet.
[34] Zie art. 9.2 Bouwbesluit 2012.
[35] Zie artt. 2.7.2 en 5.3.2 Bouwverordening Amsterdam 2003.
[36] Zie bijv. artt. 3.102 en 4.199 Bbl.

onderwerpen waarover het Bbl in regels voorziet,[37] zien wij ook te zijner tijd onder de Omgevingswet geen mogelijkheid voor het opnemen van nadere eisen ten aanzien van de belasting van het (elektriciteits)net.

Crisis- en herstelwet

2.35 De Crisis- en herstelwet biedt op dit moment evenmin basis om nadere eisen te stellen ter zake van de belasting van het (elektriciteits)net. Deze wet biedt in bepaalde gevallen voor specifieke projecten de mogelijkheid af te wijken van specifieke wetsbepalingen. Zo bestaat de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur af te wijken van de Woningwet.[38] Dit wordt uitgewerkt in het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw). Hoewel het BuChw regels bevat over het afwijken van het Bouwbesluit 2012[39], bevat het BuChw op dit moment geen mogelijkheid om nadere eisen te stellen met het oog op congestie van het (elektriciteits)net.

Eventuele nieuwe wetgeving

2.36 Om toch afwijkende regels ter zake van de belasting van het (elektriciteits)net te kunnen stellen, zal een wijziging van wetgeving nodig zijn. Nu het Bouwbesluit 2012 volgens planning in 2021 zal opgaan in de Omgevingswet, lijkt het niet zinvol om aan te sturen op een wijziging van het Bouwbesluit 2012. Beter zou het zijn bij het Ministerie van BZK te vragen om een wijziging van het BuChw. Het BuChw wordt met enige regelmaat gewijzigd met zogenoemde tranches, die in aanloop naar de Omgevingswet nieuwe experimenteermogelijkheden bevatten waarmee kan worden afgeweken van de huidige wet- en regelgeving. Op 27 november 2019 is een voorpublicatie tot wijziging van het BuChw door de Minister van Milieu en Wonen voorgelegd aan het Ministerie van BZK, de zogenaamde twintigste tranche van het BuChw.[40] Deze twintigste tranche is nog in ontwerp en het is op dit moment dus ook nog onduidelijk wanneer deze in werking zal treden. Het ontwerp speelt in op congestie in (elektriciteits)netten. Zo beoogt de twintigste tranche te regelen dat netbeheerders onder voorwaarden een aansluiting op een net kunnen realiseren die niet past bij de productiecapaciteit van de productie-installatie.[41] Deze regeling biedt echter niet de oplossing die de gemeente hier zoekt.

2.37 De gemeente zou het Ministerie van BZK dus kunnen vragen aan de twintigste tranche nog een bepaling toe te voegen die de gemeente toestaat regels te stellen met betrekking tot de belasting van het (elektriciteits)net. Hoewel de Crisis- en herstelwet en dus ook het BuChw zullen vervallen bij inwerkingtreding van de Omgevingswet, zal met een dergelijke bepaling in ieder geval tot de inwerkingtreding van de Omgevingswet kunnen worden geëxperimenteerd met deze afwijkingsmogelijkheid. Daarnaast is een optie om – ook – aan te sturen op wijziging van de Omgevingswet of aanverwante algemene maatregelen van bestuur. Omdat het onderwerp congestie nu

[37] Art. 23.7 Omgevingswet. Vgl. artikel 122 Woningwet.
[38] Art. 2.4(1)(p) Crisis- en herstelwet.
[39] Zie bijv. artikel 6p BuChw, dat de mogelijkheid biedt af te wijken van art. 5.2 van het Bouwbesluit 2012 (regels inzake de energieprestatiecoëfficiënt van gebouwen).
[40] *Stcrt* 2019, 64 808.
[41] Art. 7ac BuChw (ontwerp).

ook de aandacht heeft van de regering[42], lijkt dit ook een goed moment om in gesprek te gaan met het Ministerie van BZK.

[42] Zie onder meer *Kamerstukken II* 2018/19, 32 813, nr. 295 en *Stcrt* 2019, 64 808.

Reikwijdte art. 83 E-wet

2.38 Overigens lezen wij in de stukken die de gemeente ons verstrekt heeft ten behoeve van dit advies dat de gemeente bekend is met het voorschrift van art 83 E-wet dat – onder meer – de gemeenteraad verbiedt de productie en levering, alsook het transport van elektriciteit 'in het belang van de energievoorziening' aan regels te binden. Die bepaling staat weliswaar de gemeente toe ter zake van energie- of bouwprojecten eisen te stellen als bevoegd gezag in het kader van milieu- en ruimtelijkeordeningswetgeving, maar belet de gemeente eigen regels te stellen in afwijking van het kader dat de E-wet biedt.

2.39 Op zich menen wij dat het voorschrift van art 83 E-wet niet in de weg zou staan aan het opnemen van specifieke voorschriften over belasting van het net in de aanbesteding van een specifiek energie- of bouwproject. Zoals wij hiervoor al hebben toegelicht, belet de Woningwet de gemeente dat echter wel.

> Daarbij geldt natuurlijk echter dat de gemeente pas aan een aanbesteding toekomt als die volgt uit haar publieke taak (deelnemingenbeleid; zie ook hiervoor het antwoord op de derde vraag).

2.40 Kortom, de gemeente mag bijvoorbeeld wel een specifiek energie- of bouwproject aanbesteden. Art. 83 E-wet zou de gemeente echter beletten te verbieden dat een ander bijvoorbeeld elektriciteitsopslag realiseert binnen de gemeentegrenzen.

> Overigens mag de gemeente volgens ons ook openbare laadinfrastructuur aanbesteden. Art. 83 E-wet staat daar volgens ons niet aan in de weg. De gemeente mag in zo'n aanbesteding evenwel niet verbieden dat een andere partij binnen de gemeentegrenzen activiteiten ontplooit die de E-wet die partij wel toestaat – zoals productie of levering van elektriciteit.

3 Tot slot

3.1 Tot zover onze antwoorden op hoofdlijnen naar aanleiding van de vragen van de gemeente over congestie.

3.2 Congestie en de oplossing daarvan hebben natuurlijk primair technische en economische kanten. Wij menen dat het verstandig is vooral die scherp in kaart te brengen. Juist die aspecten hebben invloed op de ruimte die het juridische kader biedt om congestieproblemen op te lossen.

****