Raad van State

No.W18.19.0145/IV 's-Gravenhage, 17 februari 2020

Bij Kabinetsmissive van 14 juni 2019, no.2019001154, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende nadere regels voor het bij wege van experiment afwijken van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet (Besluit experimenten Elektriciteitswet 1998 en Gaswet), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit strekt tot uitvoering van artikel 7a, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 1i, tweede lid, van de Gaswet, zoals deze artikelen zullen luiden na inwerkingtreding van relevante onderdelen van de Wet voortgang energietransitie.[1] Het ontwerpbesluit stelt nadere voorschriften die van toepassing zijn op de ontheffingsverlening en de uitvoering van nader te bepalen experimenten.

De Afdeling advisering van de Raad van State besteedt allereerst aandacht aan de door de regering gegeven karakteristiek van het ontwerpbesluit: het op aanvraag ontheffing verlenen bij wege van experiment. De conclusie van deze verkenning is dat het ontwerpbesluit niet als een experiment maar ook niet als een ontheffing kan worden beschouwd.

Wetgeving heeft onder andere tot doel het waarborgen van de rechtsgelijkheid, bevorderen van de rechtszekerheid en het voorkomen van willekeur. Van de juridische grenzen die aan overheid, bedrijf en burger gesteld zijn, kan worden afgeweken. Maar dan wel in concrete situaties en onder waarborgen die de afwijking proportioneel, het minst bezwarend, controleerbaar en transparant doen zijn. Dat is met dit ontwerpbesluit niet verzekerd. Daarbij leidt de gekozen vorm ook tot spanning met bindende EU-regelgeving. De Afdeling adviseert dan ook van het ontwerpbesluit in deze vorm af te zien.

Dit neemt niet weg dat langs andere weg de doelstellingen van de regering mogelijk wel kunnen worden bereikt. Gedacht kan worden aan het vormgeven van het ontwerpbesluit als een experimenteerregeling in de zin van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Een andere optie is het nader afbakenen van de ontheffingsbevoegdheid. Daarbij is van belang dat van de belangenafweging die door de wetgever is gemaakt, niet kan worden afgeweken.

Per bepaling waarvan ontheffing kan worden verleend, moet worden beoordeeld:
- of de ontheffing van de bepaling geen strijd oplevert met een Europeesrechtelijke regel waaraan de bepaling uitvoering geeft;
- welke belangen de desbetreffende bepaling beoogt te beschermen; en

[1] Stb. 2018, 109. Zie het inwerkingtredingsbesluit Stb. 2018, 129.

AAN DE KONING

- welke voorwaarden en voorschriften er in dat geval aan een ontheffing van de bepaling moeten of kunnen worden verbonden.

1. Inleiding en inhoud besluit

Sinds 2012 kennen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een experimenteergrondslag voor experimenten op het gebied van de productie, het transport of de levering van decentraal duurzaam opgewekt(e) elektriciteit of gas of elektriciteit opgewekt door warmtekrachtkoppeling. Op 1 april 2015 is het Besluit experimenten decentrale duurzame elektriciteitsopwekking in werking getreden en vervolgens zijn de eerste experimenten van start gegaan. Met de Wet voortgang energietransitie[2] is de experimenteerruimte op grond van de beide wetten aanzienlijk verbreed. Als gevolg daarvan kan met alle relevante aspecten rond hernieuwbare energie, energiebesparing, reductie van CO_2 uitstoot, efficiënt gebruik van het systeem, nieuwe marktmodellen en tariefregulering worden geëxperimenteerd. Een andere wijziging is dat de mogelijkheid om te experimenteren vorm krijgt door middel van een ontheffing door de minister.

Uit de toelichting blijkt dat de minister met de in dit besluit neergelegde ontheffingsbevoegdheid nieuwe ontwikkelingen wil faciliteren om de energietransitie mogelijk te maken. Volgens de toelichting is de energietransitie geen helder en strak omlijnd pad. Op voorhand valt daarom niet aan te geven welke concrete ideeën er zullen zijn en of voor de uitvoering daarvan ontheffingen op grond van dit besluit noodzakelijk zullen zijn. Wel blijkt uit de toelichting dat er in het bijzonder experimenten worden verwacht op het terrein van een flexibeler en efficiënter netgebruik. In dit verband wordt onder meer gewezen op de rol van de aggregator, een commerciële partij die ervoor zorgt dat huishoudens en bedrijven energie(kosten) kunnen besparen door flexibele inkoop van energie of teruglevering van energie, een taak die binnen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet niet door netbeheerders kan worden vervuld.

Vanwege deze onzekerheid over de toekomstige ontwikkelingen biedt het ontwerpbesluit een "breed kader voor ontheffing voor experimenten".[3] Het aantal voorschriften waarmee niet kan worden geëxperimenteerd is zo klein mogelijk gehouden, omdat het aan burgers en bedrijven zelf is om hun experiment vorm te geven en het moeilijk is om in te schatten of een experiment wenselijke resultaten zou kunnen hebben.

Tegen deze achtergrond verruimt het ontwerpbesluit in een aantal opzichten de experimenteerruimte die het huidige besluit biedt:

---

[2] Stb. 2018, 109. De experimenteergrondslag is nog niet in werking getreden.
[3] Nota van toelichting, paragraaf 1.2.

- het aantal en het soort projecten waarvoor ontheffing kan worden verleend, wordt uitgebreid. Zo wordt het bijvoorbeeld voor corporaties en verenigingen mogelijk om de energievoorziening (productie, levering en transport) in eigen beheer te nemen tot een maximum van 5000 aansluitingen; corporaties en verenigingen zonder net kunnen eventueel tot 100.000 aansluitingen energie leveren. Ook maakt het ontwerpbesluit ontheffing van het bepaalde bij of krachtens de Gaswet mogelijk.

- het wordt mogelijk dat andere partijen dan verenigingen en corporaties een aanvraag kunnen doen voor een experiment. Het betreft hier onder meer netbeheerders en leveranciers. In dat geval geldt een maximum van 10.000 aansluitingen. Ook kan hier met diverse vormen van tariefdifferentiatie geëxperimenteerd worden.

- een ontheffing geldt voor de termijn die nodig is voor het project met een maximum van tien jaar, tenzij blijkt dat voor het project een langere duur nodig is en beëindiging van het experiment in redelijkheid niet gevergd kan worden. In dat geval geldt een maximum van twintig jaar.

- het aantal experimenten is in beginsel ongelimiteerd, maar bij ministeriële regeling kan een maximum worden gesteld, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen verschillende typen aanvragers van ontheffingen.

- het besluit kent geen einddatum: de ontheffingsbevoegdheid van de minister is in tijd onbeperkt.

- een maand na afloop van de ontheffing moet de ontheffingshouder verslag doen van de resultaten van het experiment. Het verslag zal worden beoordeeld op de vraag of het experiment gunstige resultaten heeft voor de energietransitie en voortzetting ervan nodig is, anders dan als experiment.

- het besluit zelf zal na vier jaar worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de belanghebbenden vinden dat het besluit aan hun verwachtingen voldoet.

De grenzen van het ontwerpbesluit worden bepaald door EU-regelgeving. Ingevolge artikel 7a van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 1i van de Gaswet mag niet worden geëxperimenteerd met bindende EU-regelgeving. Een tweede grens wordt gevormd door de doelen waarop de experimenten mogen zien. Met het besluit worden vooraf geen eisen gesteld aan de wijze waarop de aanvrager bepaalde belangen waarborgt, zoals veiligheid, leveringszekerheid, milieu en consumentenbescherming. In plaats daarvan is bepaald dat de minister aan een ontheffing voorschriften of beperkingen kan verbinden in verband met die belangen.[4] Daarnaast is bepaald dat de minister een ontheffing moet weigeren op

[4] Artikel 7 van het ontwerpbesluit.

grond van een limitatief aantal weigeringsgronden.[5] Een ontheffingsbesluit zal voorschriften bevatten die erop zien dat het experiment conform de aanvraag zal worden uitgevoerd, aldus de toelichting.

De Afdeling gaat hierna eerst in op de grondslag van het besluit en bespreekt dan de twee gezichten van het ontwerpbesluit: het experiment en de ontheffing. Vervolgens gaat de Afdeling in op de Unierechtelijke aspecten van dit ontwerpbesluit. Ten slotte schetst de Afdeling een mogelijke alternatieve benadering.

2. Grondslag besluit

De noodzaak van de energietransitie is evident. De Afdeling onderkent de enorme omvang en de urgentie van de opgave die de energietransitie met zich brengt. De samenleving ziet zich voor een bijzonder grote uitdaging gesteld. De benodigde structuurveranderingen in de energievoorziening voor de langere termijn vergen een grondige afweging. In het bijzonder in het energiesysteem is het van belang om vanuit dat perspectief op systeemniveau keuzes te maken. De energietransitie vergt een actieve overheid die daarvoor de noodzakelijke voorwaarden schept en die daarbij een balans weet te vinden tussen enerzijds flexibiliteit en anderzijds (rechts)zekerheid.

De Afdeling heeft eerder benadrukt dat regie en sturing nodig zijn, onder meer om de noodzakelijke aanpassingen in de energie-infrastructuur te versnellen en doelmatig alsook in samenhang te realiseren.[6] Het is de vraag hoe het voorliggende besluit, dat wordt gekenmerkt door een grote mate van flexibiliteit waarbij het aan burgers en bedrijven wordt overgelaten om experimenten vorm te geven, hieraan bijdraagt.

De Afdeling wijst erop dat flexibiliteit van grote waarde kan zijn, maar niet ‘kosteloos’ is, bijvoorbeeld omdat het kan leiden tot langjarige onzekerheid voor burgers en bedrijven over de richting van het energiebeleid. Ook moet er rekening mee worden gehouden dat bepaalde ontwikkelingen minder eenvoudig of alleen tegen hoge kosten ongedaan te maken zijn.

De Afdeling heeft in haar recente advies over de elfde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving over de combinatie van ontheffing en experiment opgemerkt dat een beleidsinstrument als een ontheffing, niet geschikt is om te experimenteren met regelgeving.[7] Een afwijking van de wet moet worden onderscheiden van een ontheffing binnen de wet. Bij een experimenteerregeling wordt tijdelijk afgeweken van de wet teneinde buiten de wet om in de praktijk te beproeven of het idee voor een nieuwe wettelijke norm

---

5 Artikel 8 van het ontwerpbesluit.
6 Advies van 30 oktober 2019, W18.19.0301/IV.
7 Advies van 6 december 2019, W01.19.0146/I.

het beoogde effect sorteert. Het gaat om algemeen verbindende voorschriften, vastgesteld door de lagere regelgever.

In het geval van een ontheffing is aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toegekend om bij beschikking in een individueel geval een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten, bijvoorbeeld omdat onverkorte toepassing van het wettelijk voorschrift onevenredig is of omdat het belang dat het voorschrift beoogt te beschermen anderszins kan worden gediend.[8] De eventueel aan een ontheffing te verbinden voorschriften of voorwaarden liggen in het verlengde van het voorschrift waarvan ontheffing wordt verleend.

Destijds heeft de Afdeling over de combinatie van experiment en ontheffing in de wettelijke grondslag in artikel 7a Elektriciteitswet 1998 en artikel 1i Gaswet geen opmerkingen gemaakt.[9] Mede in het licht van recente advisering, ziet de Afdeling thans aanleiding om deze combinatie van experiment en ontheffing alsnog te bespreken om het karakter van het besluit te kunnen bepalen en in dat licht het ontwerpbesluit te beoordelen.

3. Experiment en ontheffing

Ingevolge het besluit kan de minister op aanvraag ontheffing verlenen voor een project waarbij afwijking kan worden toegestaan van een groot aantal artikelen van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet en de daarop gebaseerde voorschriften.[10] Een project wordt gedefinieerd als “een samenstel van handelingen waarin bij wijze van experiment wordt afgeweken van de wet”.[11]

Gegeven de omstandigheid dat het ontwerpbesluit het mogelijk maakt om ten behoeve van een project (experiment) af te wijken van de wet, beziet de Afdeling eerst of aan de voorwaarden voor experimenteerregelgeving is voldaan. De conclusie van deze verkenning is dat het ontwerpbesluit niet past binnen de kaders die aan experimenten in de zin van de Aanwijzingen voor de regelgeving worden gesteld. De Afdeling illustreert dit als volgt.

a. *Experimenteren*

Om te kunnen leren van een experiment, is het van belang dat een experiment goed wordt opgezet. Dat betekent dat inhoud, omvang, evaluatiecriteria en de beoordeling van de resultaten van het experiment duidelijk moeten zijn.

---

[8] De Aanwijzingen voor de regelgeving bepalen over ontheffingen enkel dat voor een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod wordt gemaakt, de term "ontheffing" wordt gebruikt (Ar 5.17).

[9] Evenmin heeft zij hierover opmerkingen gemaakt in haar advies over het Besluit experimenten decentrale duurzame elektriciteitsopwekking. Wel heeft de Afdeling in haar advies over de wijziging van de Warmtewet (Kamerstukken II 2016/17, 34 723, nr. 4) opgemerkt *dat er in de wettelijke grondslag tot afwijking van de wet benoemd zou moeten worden van welke artikelen van de wet kan worden afgeweken.*

[10] Artikel 2 van het ontwerpbesluit.

[11] Artikel 1 van het ontwerpbesluit.

Opzet van het experiment
Bij het voorliggende besluit wordt onderzocht of het bieden van ruimte leidt tot eventueel voor vastlegging in wetgeving geschikte innovaties, waarbij het initiatief tot het vormgeven van een concreet experiment bij burgers en bedrijven ligt in plaats van bij de gedelegeerde regelgever. Ruimte wordt gecreëerd om daarmee een onbepaald aantal nader door burgers vorm te geven experimenten mogelijk te maken. Hieraan wordt geen nadere inkadering gegeven omdat niet op voorhand valt aan te geven "welke concrete ideeën er zullen zijn" of "voor welke experimenten ontheffing noodzakelijk is". Dat leidt ertoe dat van zoveel mogelijk bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet ontheffing mogelijk wordt gemaakt.

Een belangrijk uitgangspunt van experimenteren is dat het afwijken van de wet alleen mogelijk is indien het plausibel is dat het alternatief voor de wettelijke regel bij zal dragen aan de in de wettelijke grondslagen genoemde doelen, zoals energiebesparing of efficiënt gebruik van een net. Dat betekent niet alleen dat een concrete reden voor afwijking moet bestaan, maar ook dat de in het kader van het experiment te testen alternatieven in het ontwerpbesluit zelf opgenomen moeten zijn. Dat is hier niet het geval.

Rechtsgrondslag
Uit het ontwerpbesluit volgt dat inhoud en opzet van de door burgers en bedrijven te ontwikkelen voorstellen op aanvraag voor een concreet geval worden beoordeeld.

Als het zou gaan om experimenteerregelgeving, zouden het doel van de afwijking en het oogmerk van de alternatieve oplossing niet pas bij de besluitvorming op de aanvraag om een concrete afwijking worden geregeld, maar uit het ontwerpbesluit zelf moeten blijken. Dit zou betekenen dat de regel waarvan specifiek wordt afgeweken, de concrete aanleiding daarvoor en de afwijking en het alternatief voor het wettelijk voorschrift in de algemene maatregel van bestuur zelf zouden moeten zijn opgenomen. Dat is hier niet het geval.

Evaluatie
Het ontwerpbesluit bepaalt dat de houder van een ontheffing ten minste jaarlijks en een maand na afloop van het project een verslag van het project overlegt. Omdat in het besluit zelf niet wordt omschreven welke concrete afwijkingen waarom en met het oog op welk doel zullen worden toegestaan, is niet duidelijk op welke wijze en aan de hand van welke criteria de resultaten van een experiment worden beoordeeld.

Doel en duur van het experiment
Een andere belangrijke procedurele waarborg bij experimenteren is dat vooraf duidelijk wordt bepaald wanneer het doel van het experiment is bereikt. In de toelichting bij het ontwerpbesluit wordt opgemerkt dat de afwijking van

voorschriften van de Elektriciteitswet 1998 of Gaswet "gunstig zou moeten uitpakken voor de energietransitie". Dit geeft weinig houvast. Ook biedt dit weinig houvast voor het bepalen van de termijn van het experiment. Onduidelijk blijft wanneer voldoende informatie zal zijn vergaard om vast te stellen of de afwijking van de voorschriften gunstig uitpakt voor de energietransitie.

Slotsom
Slotsom is dat de in het ontwerpbesluit gekozen benadering als het gaat om experimenten in de zin van de Aanwijzingen voor de regelgeving niet past binnen de kaders die gelden voor deze experimenten.

b. *Ontheffing*
Als het niet gaat om een experiment, rijst de vraag of dit ontwerpbesluit vooral ontheffingen van wettelijke bepalingen op het oog heeft. Daarbij is het van belang eerst het karakter van een ontheffingsbevoegdheid te bepalen.

Karakter van een ontheffingsbevoegdheid
Een ontheffing betekent dat een regel in een concreet geval buiten toepassing wordt gelaten, omdat toepassing van de regel tot onevenredige of ongewenste effecten leidt. De belangenafweging die plaatsvindt bij het verlenen van een ontheffing is van een andere orde dan de afweging van belangen zoals deze plaatsvindt bij de totstandkoming van een wettelijke regeling. In de totstandkomingsfase van een regeling wordt een beslissing genomen over het belang of de belangen ter bescherming waarvan regels (zoals verboden of geboden) gesteld worden. Het resultaat daarvan wordt neergelegd bij of krachtens de wet. Het belang of de belangen die de regel beogen te beschermen blijft voorop staan. Binnen dat kader kan ontheffing worden verleend. Voorwaarden die eventueel aan een ontheffing worden verbonden, strekken dan ook tot bescherming van het belang dat met het buiten toepassing gelaten wettelijk voorschrift wordt gediend.

Dit betekent dat in de wet zelf wordt geregeld onder welke voorwaarden, met welk doel en in welke gevallen een bepaald voorschrift buiten toepassing kan worden gelaten.

Wat betekent dit voor het ontwerpbesluit?
Het ontwerpbesluit volstaat met noemen van enkele algemene en niet-limitatief bedoelde belangen ter bescherming waarvan voorwaarden en beperkingen aan een ontheffing kunnen worden verbonden.[12] Hieruit volgt dat de bevoegdheid ontheffing te verlenen niet langer in verband staat met het belang dat de specifieke bepaling(en) waarvan ontheffing kan worden verleend, beoogt te dienen.

---

[12] Artikel 7 Ontwerpbesluit.

Bij wijze van voorbeeld het volgende: van een bepaling die bijvoorbeeld het belang van de leveringszekerheid beoogt te dienen, kan naar het oordeel van de Afdeling alleen ontheffing worden verleend indien de door die bepaling geboden bescherming van de leveringszekerheid niet in het geding komt. Die waarborg biedt het besluit niet. Verder geschiedt de beoordeling van de wenselijkheid van het buiten toepassing laten van regels aan de hand van een aantal generieke afwijzingsgronden.[13] De vraag rijst of daardoor een op het concrete verzoek afgestemde beoordeling verzekerd is.

Dit leidt ertoe dat het ontwerpbesluit veel concreter per bepaling of bij elkaar horende groep van bepalingen zou moeten verduidelijken welke belangen de bepaling(en) in kwestie beoogt te beschermen of met welk doel de wetgever de bepaling heeft vastgesteld. Het is niet voldoende om te volstaan met generieke weigeringsgronden zoals deze zijn neergelegd in artikel 8 van het ontwerpbesluit of met de algemene bepaling dat de minister aan een ontheffing voorschriften of beperkingen kan verbinden met het oog op niet-limitatief opgesomde doelen (artikel 7). Daardoor is een op de belangen die de bepaling krachtens de wet beoogt te beschermen toegespitste beoordeling niet verzekerd. De toelichting stelt ook dat het besluit geen eisen vooraf stelt aan de wijze waarop de aanvrager bepaalde belangen waarborgt.[14] Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de bevoegdheid tot ontheffing zoals vormgegeven in het ontwerpbesluit niet past binnen de kaders voor ontheffing.

c. Conclusie

In de Elektriciteitswet 1998 en in de Gaswet zijn de juridische grenzen van het te voeren beleid neergelegd. Hieraan zijn overheid, bedrijfsleven en burgers gebonden. Dat biedt rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en voorkomt willekeur. Van de juridische grenzen die aan overheid, bedrijf en burger gesteld zijn, kan worden afgeweken. Maar dan wel in concrete gevallen en onder waarborgen die de afwijking proportioneel, het minst bezwarend, controleerbaar en transparant doen zijn. Dat is met dit ontwerpbesluit niet verzekerd. De Afdeling adviseert dan ook van het ontwerpbesluit in deze vorm af te zien. De Afdeling schetst aan het slot van dit advies mogelijke andere benaderingen.

Hierna wordt ingegaan op de effecten van de voorgestelde ontheffingsmogelijkheden voor de toetsing aan het Unierecht. Dat vormt een goede illustratie van de kwesties die rijzen in het licht van het ontwerpbesluit, zoals dat nu is vormgegeven.

4. Unierechtelijke aspecten

---

[13] Artikel 8 ontwerpbesluit.
[14] Toelichting, paragraaf 1.4.

De werking van de elektriciteits- en de gasmarkt is sterk gereguleerd door Europese regelgeving, waaronder de Elektriciteitsrichtlijn[15] en de Gasrichtlijn.[16] Deze regels zijn geïmplementeerd in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Zoals in de toelichting op het ontwerpbesluit wordt onderkend is het niet mogelijk af te wijken van bepalingen van de Elektriciteitswet en de Gaswet, waarmee bindende EU-regelgeving is omgezet.[17] Met deze bepalingen kan dan ook niet worden geëxperimenteerd. De toelichting noemt in dat verband als voorbeelden regels inzake consumentenbescherming en de splitsing van transport en productie.[18] Niet duidelijk is of daarmee wordt bedoeld dat de in artikel 2 van het ontwerpbesluit genoemde artikelen van de Elektriciteitswet en Gaswet niet als omzetting van bindende EU-regelgeving zijn aan te merken en dat afwijking van die bepalingen (in beginsel) dus wél is toegestaan.

In de toelichting wordt ook opgemerkt dat de artikelen 7 tot en met 9 van het ontwerpbesluit regels stellen om "de belangen waarop EU-regelgeving ziet te beschermen". De minister dient bij de beoordeling van een ontheffingsaanvraag aan het Unierecht te toetsen. Meer specifiek zal hij moeten vaststellen of de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen ruimte laten om van de in artikel 2 van het ontwerpbesluit genoemde bepalingen af te wijken en zo ja, zal hij moeten nagaan welke voorwaarden eventueel uit de richtlijn voortvloeien en, indien nodig, voorschriften aan een ontheffing verbinden.

De minister moet dus per geval verzekeren dat de ontheffingshouder gebonden wordt (of blijft) aan dwingende richtlijnbepalingen. De Afdeling concludeert dat het erop lijkt dat met een ontheffingsbesluit feitelijk eerst een regelvrije ruimte wordt gecreëerd, waarna vervolgens per geval (opnieuw) een 'implementatie' van de (dwingende) bepalingen van de richtlijnen plaatsvindt.

In dat verband merkt de Afdeling op dat de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen onderdeel zijn van een complex geheel van marktordeningsregels, ten aanzien van de productie, transmissie, distributie en levering van elektriciteit en gas. Dat betekent dat bij de beoordeling van een ontheffingsaanvraag niet alleen moet worden beoordeeld of de bepaling in de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet een

---

[15] Thans geldt 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 L 211, p 55. Per 1 januari 2021 treedt Richtlijn (EU) 2019/944 van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU in werking, PbEU L 158, p. 125.

[16] 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, Pb EU L 211, p. 94.

[17] Nota van toelichting, paragraaf 1.4 ("Grenzen van experimenten"). Dit vloeit ook voort uit de ontheffingsgrondslag. Ingevolge artikel 7a Elektriciteitswet en artikel 1i Gaswet kan de minister alleen een ontheffing verlenen "met inachtneming van bindende besluiten van de Raad van de Europese Unie, van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of van de Europese Commissie".

[18] Nota van toelichting, paragraaf 1.4 ("Grenzen van experimenten").

implementatie vormt van een dwingende bepaling uit de richtlijn. Ook moet worden onderzocht of ontheffing gelet op het gehele regelgevend kader mogelijk is en geen afbreuk doet aan dat regelgevend kader.

Meer specifiek en bij wijze van voorbeeld wijst de Afdeling op het volgende. Met het ontwerpbesluit kunnen anderen dan netbeheerders een ontheffing krijgen van het verbod om de wettelijke netbeheerderstaken uit te voeren[19] en is het hen daarmee onder meer toegestaan netten aan te leggen en te beheren. De vraag is hoe een dergelijke ontheffing zich verhoudt met de in de Europese richtlijnen neergelegde verplichting van de lidstaten (of van de eigenaren van distributiesystemen) één of meer distributiesysteembeheerders aan te wijzen.[20]

Onduidelijk is of ontheffingshouders met de ontheffing moeten worden aangemerkt als systeembeheerders als bedoeld in de richtlijnen. Als dat niet het geval is, rijst de vraag of de richtlijnen wel ruimte laten om netbeheerdertaken door niet-aangewezen systeembeheerders te laten uitvoeren. Als ontheffingshouders wel als zodanig zouden zijn aan te merken, dan zijn zij ook verplicht de netbeheerderstaken, voor zover deze de implementatie dwingende richtlijnbepalingen betreffen,[21] in overeenstemming met de richtlijnen uit te voeren.[22]

De Afdeling acht het niet wenselijk dat deze vragen pas bij de beoordeling van een ontheffingsaanvraag aan de orde zouden komen. Daarmee zou de op de lidstaat rustende verplichting een adequate omzetting van dwingende Unierechtelijke bepalingen te waarborgen komen te rusten bij de aanvrager van een ontheffing en de minister, in zijn bestuurlijke hoedanigheid. Het behoort evenwel tot de taak van de wet- of regelgever om voor een duidelijk wettelijk kader te zorgen dat de volledige en algehele toepassing van de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen verzekert en een geharmoniseerde en doeltreffende uitvoering van de daarin geformuleerde regels mogelijk maakt.[23] Het ontwerpbesluit zou dan ook de uit het Unierecht voortvloeiende kaders moeten stellen, waarbinnen ontheffingen mogelijk zijn.[24]

---

[20] Vergelijk artikel 24 Elektriciteitsrichtlijn (oud) en artikel 30 Elektriciteitsrichtlijn (nieuw). Zie voorts artikel 24 Gasrichtlijn.

[21] Zo zijn de in artikel 16, eerste lid onder l en tweede lid, onder h tot en met m genoemde taken toegevoegd bij Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (Stb. 2012, 334), waarmee de thans geldende Elektriciteits- en Gasrichtlijnen zijn geïmplementeerd.

[22] Ingevolge huidig artikel 24, laatste volzin, Elektriciteitsrichtlijn moeten lidstaten waarborgen dat netbeheerders handelen overeenkomstig artikelen 25 tot en met 27 van de richtlijn.

[23] Zie o.a. HvJ EU 20 oktober 2005, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626, punt 27.

[24] Zo dient het ontwerpbesluit zelf een maximum te stellen aan het aantal experimenten of ontheffingen om een zeker, betrouwbaar en efficiënt elektriciteits- en gasnet te kunnen blijven waarborgen.

Het voorgaande maakt duidelijk dat het ook vanuit Unierechtelijk oogpunt nodig is de ontheffingsmogelijkheden concreet te formuleren, zodat per geval nagegaan kan worden of de ontheffing in strijd komt met bindende EU-regelgeving. Het ontwerpbesluit zelf zal op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze een adequate implementatie van de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen dienen te verzekeren. Aan die eis voldoet het ontwerpbesluit thans niet.

De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren dat de ontheffingsmogelijkheid op zichzelf verenigbaar is met het Unierecht en, indien nodig, het voorstel aan te passen. Dat vergt een nauwkeurige beoordeling. In feite moet deze motivering worden gegeven voor elk van de in artikel 2 van het ontwerpbesluit genoemde bepalingen, waarvan kan worden afgeweken. Dat zal ook een beoordeling vergen in het licht van de bepalingen uit de Elektriciteits- en Gasrichtlijnen die door ontheffing van deze bepalingen worden geraakt. De Afdeling adviseert daartoe.

5. Andere benadering

In het voorgaande heeft de Afdeling vraagtekens gezet bij de in het ontwerpbesluit gekozen benadering voor het verlenen van ontheffing bij wege van experiment van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet. De tekortkomingen maken dat sprake is van een kwetsbaar besluit, dat verschillende risico's in zich draagt. Doordat alle verantwoordelijkheid voor de opzet en ook kosten van een 'experiment' worden neergelegd bij de aanvragers, geeft het besluit geen richting. Hiermee worden ook de risico's neergelegd bij de aanvragers.

De toelichting onderkent dat een experiment ook effecten kan hebben op onderdelen van de energievoorziening of partijen in de energiemarkt die buiten het feitelijke experiment vallen.[25] Er wordt echter niet ingegaan op hoe deze gevolgen worden gemonitord of gemitigeerd. Evenmin wordt aandacht besteed aan de mogelijk onomkeerbare gevolgen die de in potentie omvangrijke projecten waarvoor langdurige ontheffingen kunnen worden verleend, kunnen hebben.

De Afdeling onderkent de onmiskenbare behoefte om met het oog op de energietransitie ruimte te scheppen voor technieken en innovaties op het gebied van hernieuwbare energie, energiebesparing, reductie van CO2-uitstoot of efficiënt gebruik van een net en de in dat verband bestaande wens om te experimenteren met andere marktmodellen of tariefreguleringssystematieken. Tegen deze achtergrond schetst de Afdeling hieronder contouren van een andere benadering, waaraan de hiervoor genoemde bezwaren in mindere mate verbonden zijn.

---

[25] Toelichting, paragraaf 1.4.

Deze andere benadering kan inhouden dat een besluit wordt vormgegeven waarin bepaalde, concrete experimenten worden geregeld, en waaraan nieuwe experimenten kunnen worden toegevoegd. Elk (toe te voegen) concreet experiment wordt in het besluit gedefinieerd, waarbij opzet en doel van het experiment, het alternatieve kader dat in de plaats treedt van de wettelijke bepalingen waarvan wordt afgeweken, de duur en de wijze waarop de beoogde effecten geëvalueerd worden, benoemd worden.

Bijzondere aandacht moet worden besteed aan de waarborgen voor een adequate evaluatie van het experiment. Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan een experimentele regeling voor de "projectnetten" en "grote experimenten" zoals die thans zijn opgenomen in het Besluit experimenten decentrale duurzame elektriciteitsvoorziening, aan de in de nota van toelichting genoemde modellen voor experimenten met levering, en aan regulering van de "aggregator", vooruitlopend op de implementatie van de nieuwe Elektriciteitsrichtlijn, mits deze daarvoor ruimte biedt.[26]

Daarnaast zou het besluit een bevoegdheid kunnen bevatten om ontheffing te verlenen van bepaalde artikelen uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Dit zou artikelsgewijs moeten worden uitgewerkt. Daarbij is van belang dat van de belangenafweging die door de wetgever is gemaakt, niet kan worden afgeweken. Per bepaling waarvan ontheffing kan worden verleend, moet worden beoordeeld:
- of de ontheffing van de bepaling geen strijd oplevert met een Europeesrechtelijke regel waaraan de bepaling uitvoering geeft;
- welke belangen de desbetreffende bepaling beoogt te beschermen; en
- welke voorwaarden en voorschriften er in dat geval aan een ontheffing van de bepaling moeten of kunnen worden verbonden.

6. Slotopmerking

Gelet op de aard van de hiervoor gemaakte opmerkingen ziet de Afdeling ervan af concrete opmerkingen te maken over de afzonderlijke bepalingen van het ontwerpbesluit. Daar zou op zichzelf nog wel wat over te zeggen zijn. Bij wijze van voorbeeld noemt de Afdeling de verplichting tot evaluatie van het besluit. Daarin staat de vraag centraal of het ontwerpbesluit heeft voldaan aan de verwachtingen van de belanghebbenden. Hun belang kan echter niet zonder meer op een lijn worden gesteld met het (publieke) belang dat de wetgever geacht wordt te dienen. De concrete resultaten van de verleende ontheffingen op grond van het ontwerpbesluit zouden in de evaluatie ten minste ook aan de orde moeten komen.
Het besluit maakt ook een in tijd en omvang ongelimiteerd aantal ontheffingen mogelijk, wat ertoe kan leiden dat de wet en de wettelijke waarborgen uit het

---

[26] Nota van toelichting, paragraaf 2.1.4. Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (herschikking), Pb EU 2019, L 158, blz. 125, dient per 31 december 2020 te zijn geïmplementeerd.

zicht raken en de uitvoering van wettelijke taken of het naleven van de wet door burgers en bedrijven problematisch wordt.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het ontwerpbesluit en adviseert dit besluit niet te nemen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,