

MR. M. DE RIJKE

Energie-infrastructuur en third party access

De distributie van gas en elektriciteit in Nederland is lange tijd een nationale, gemonopoliseerde aangelegenheid geweest. Ondernemingen met in de regel publieke aandeelhouders (gemeenten, provincies, Rijk) verzorgden zowel het transport als de levering van energie. Onder aanvoering van de Europese Commissie is met een tweetal richtlijnen (Gasrichtlijn en Elektriciteitsrichtlijn)¹ een liberaliseringsproces in gang gezet ten einde de elektriciteits- en gasmarkten in de Europese Unie te openen en een interne markt tot stand te brengen. Deze liberalisering vereist onder meer een herpositionering van energie-infrastructuur in de markt. Immers, om daadwerkelijk marktwerking te creëren en nieuwe toetreders op de energiemarkt te faciliteren, is essentieel dat partijen die energie willen leveren gebruik kunnen maken van de bestaande netwerken.

De Gasrichtlijn en de Elektriciteitsrichtlijn bevatten dan ook een verplichting voor de lidstaten om zorg te dragen voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transport- en distributienetten van elektriciteit en gas, aangeduid als third party access (TPA). Aan de lidstaten wordt opgedragen deze toegang te reguleren, regulated TPA, met uitzondering van de toegang tot gasopslag, waarvoor ook toegang op basis van onderhandelingen, negotiated TPA mogelijk is. Dit artikel bevat een toelichting op de positie van TPA in de context van het commune mededingingsrecht, een beschrijving van de regulering van TPA volgens de Europese regelgeving en de uitwerking daarvan in Nederland.

Het artikel is toegespitst op de zogenoemde downstream markt, dat wil zeggen het transport en de levering van energie; de TPA voor de upstream pijpleidingnetten komt slechts zijdelings ter sprake.

TPA en mededinging

Het is een algemeen aanvaard uitgangspunt dat het aanleggen van nieuwe, parallelle netwerken naast de bestaande netwerken voor het transport van gas en elektriciteit niet efficiënt is. Dit uitgangspunt, gecombineerd met het gegeven dat de bestaande netwerken in handen zijn van een beperkt aantal ondernemingen, maakt dat sprake is van zogenoemde natuurlijke monopolies. Om andere marktpartijen gebruik te laten maken van de netwerken van deze natuurlijke monopolisten is allereerst van belang dat die netwerken onafhankelijk functioneren. Daarom was het noodzakelijk de netwerken onder te brengen in afzonderlijke ondernemingen en voor het netbeheer onafhankelijke netbeheerders aan te wijzen, wat ook wel wordt aangeduid als unbundling.² Vervolgens is aan de vennootschappen die als netbeheerders zijn aangewezen de verplichting opgelegd tot het verlenen van TPA.

TPA heeft zijn dogmatische wortels in het commune mededingingsrecht en meer in het bijzonder de essential facilities doctrine. Deze doctrine houdt in dat een onderneming, die een machtpositie heeft met betrekking tot de verrichting van een noodzakelijke dienst en zelf van die dienst gebruik maakt (door een voorziening of infrastructuur zonder welke con-

1 De eerste richtlijnen die de aanzet vormden tot de opening van elektriciteits- en gasmarkt in de EU zijn inmiddels vervangen door de (tweede) Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking Richtlijn 96/92/EG, PbEU nr. L 176 van 15 juli 2003 en de (tweede) Richtlijn 2003/55/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, PbEU nr. L 176 van 15 juli 2003; zie ook C.M.A. Prins, 'De nieuwe Elektriciteits- en Gasrichtlijnen', in: *NTE* 2003, pp. 4 e.v.

2 Deze verplichting was reeds neergelegd in de eerste Elektriciteits- en Gasrichtlijnen.

currenten aan hun klanten geen diensten kunnen verlenen), en die andere ondernemingen zonder gegronde redenen de toegang tot die voorziening ontzegt of slechts toegang onder minder gunstige voorwaarden verleent, maakt misbruik van zijn economische machtspositie. Het arrest van het Europese Hof van Justitie dat in dit verband pleegt te worden aangehaald is het Bronner-arrest.³

De elektriciteits- en gasnetwerken zijn essential facilities. De toepassing van de doctrine is echter niet toereikend om TPA tot deze netwerken te garanderen. De gas- en elektriciteitsdistributie kampt regelmatig met tekorten aan capaciteit, hetgeen onder normale omstandigheden een rechtvaardiging vormt om de toegang tot infrastructuur te weigeren. Tegelijkertijd moet TPA worden begrensd. Ondernemingen moeten immers in staat worden gesteld een redelijk rendement uit investeringen in nieuwe energie-infrastructuur te behalen.⁴ Aldus is voor de elektriciteits- en de gassector nadere, sectorspecifieke regulering voor TPA ontwikkeld zowel op Europees als op nationaal niveau, die tot doel heeft om objectieve, transparante, non-discriminatoire toegang tot de energie-infrastructuur te garanderen.

Voorzover deze sectorspecifieke regulering niet de gewenste rechtsbescherming biedt om TPA te realiseren, kan het commune mededingingsrecht (met name het verbod op misbruik van machtspositie) als vangnet dienen.

Regulering van TPA

Omdat de TPA-regulering in de elektriciteitssector verschilt van die in de gassector wordt de regulering voor elektriciteit en gas na elkaar besproken.

Elektriciteit

Elektriciteitsrichtlijn

Het systeem van gereguleerde nettoegang is in de Elektriciteitsrichtlijn als volgt uitgewerkt:

- de lidstaten dragen zorg voor de invoering van een systeem voor TPA tot de transport- en distributienetten⁵;
- het systeem is gebaseerd op gepubliceerde, objec-

tieve en non-discriminatoire tarieven;

- de tarieven en/of de tariefmethodes worden voorafgaand aan hun toepassing goedgekeurd door een regelgevende instantie;
- de tarieven/methodes worden voorafgaand aan hun inwerkingtreding gepubliceerd;
- de regelgevende instantie (regulator) functioneert onafhankelijk van de belangen in de elektriciteits- en gassector;⁶
- de netbeheerder kan de toegang alleen weigeren indien hij niet over de nodige capaciteit beschikt.

De regulator is bevoegd zonedig van de beheerders van transport- en distributienetten te verlangen dat zij wijzigingen aanbrengen in de voorwaarden, tarieven of tariefmethodes om ervoor te zorgen dat deze evenredig en non-discriminatoire worden toegepast. Naast dit ex ante tarieftoezicht heeft de regulator ook een ex post functie ten aanzien van TPA. Partijen die een klacht hebben tegen een netbeheerder over onder meer de tarieven, voorwaarden en tariefmethodes kunnen de klacht aan de regulator voorleggen die, daarover in de hoedanigheid van geschillenbeslechter, binnen twee maanden moet beslissen.

De Elektriciteitsrichtlijn gaat met de verplichte instelling van een onafhankelijke regulator, die vooraf zijn goedkeuring aan de tarieven of tariefmethode geeft en daarin ook kan ingrijpen een stuk verder dan de eerste richtlijn.⁷ Dit komt de doelstelling van de regulering van TPA uiteraard ten goede.

Tariefregulering

In Nederland is de Elektriciteitsrichtlijn geïmplementeerd in de Elektriciteitswet 1998 (E-wet). De E-wet verplicht netbeheerders om degene die daarom verzoekt:

- te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net tegen non-discriminatoire tarieven;
- een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde net ten behoeve van de verzoeker transport van elektriciteit uit te voeren tegen non-discriminatoire tarieven. De transportverplichting geldt niet voorzover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft.⁸

3 Beschikking van de Commissie PbEU nr. L015 van 18 januari 1994, HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791. Zie over de essential facilities in de Nederlandse energiesector ook: D.P. Kuipers, M. de Rijke en I.M. Schong, 'Energie en mededinging: verkenning van een mijnenveld', in: *De rol van het mededingingsrecht in gereguleerde markten*, Boom 2001, pp. 120 e.v.

4 G. Goeteijn en A. Ramas, 'Access to Energy Networks: the combination of directives and competition policy', in: *Utilities Law Review* 12 (2001/2002) 6, pp. 149 e.v.

5 Artikel 20 Elektriciteitsrichtlijn.

6 Artikel 23 Elektriciteitsrichtlijn.

7 Zie ook: M. de Rijke en I.M. Schong, 'Harmonising the Liberalisation of the Natural Gas and Electricity Markets', in: *Utilities Law Review* 12 (2001) 1, pp. 5 e.v.

8 Artikelen 23 en 24 E-wet.

In de E-wet zijn zowel de tariefmethode als de tarieven gereguleerd. In de TarievenCode zijn een tariefstructuur en tariefvoorwaarden voor onder meer aansluitingen en transport vastgelegd, die voor de gezamenlijke netbeheerders gelden.⁹ Daarnaast stelt de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (directeur DTe) voor elke individuele netbeheerder een aantal tariefcomponenten vast,¹⁰ waaronder een doelmatigheidskorting (ook wel aangeduid als x-factor) die dient als prikkel voor de netbeheerder om, ondanks de afwezigheid van concurrentie, efficiëntieverbetering te realiseren.

Elke netbeheerder zendt met inachtneming van de aldus vastgestelde tariefstructuur, voorwaarden en tariefcomponenten jaarlijks een voorstel met betrekking tot de door hem te hanteren maximumtarieven voor de aansluitingen en het transport aan de directeur DTe, die de tarieven vaststelt. De tarieven kunnen dus per netbeheerder verschillen. Zij zijn non-discriminatoir in de zin dat voor alle aangeslotenen op het net van één netbeheerder dezelfde tarieftabel geldt. De tarieven worden vooraf gepubliceerd en zijn in die zin transparant te noemen.

Grensoverschrijdende verbindingen

Voor de voorwaarden van TPA voor grensoverschrijdende elektriciteitshandel is in aanvulling op de bepalingen van de Elektriciteitsrichtlijn een specifieke Verordening uitgevaardigd.¹¹ De Verordening beoogt de aanleg van nieuwe grensoverschrijdende verbindingen (interconnectoren) voor elektriciteit te stimuleren en de capaciteit op bestaande interconnectoren uit te breiden en het gebruik daarvan te optimaliseren. Bij de Verordening zijn richtsnoeren gevoegd voor het beheer en de allocatie van capaciteit op interconnectoren, waarin ook richtsnoeren voor de veiling van capaciteit zijn opgenomen. De Verordening biedt tevens de mogelijkheid om inter-

connectoren te ontheffen van de TPA-verplichting.¹² Het gaat hierbij om nieuwe interconnectoren of een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding van bestaande interconnectoren. Voor een ontheffing moet onder meer aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

- a de investering moet de mededinging bevorderen;
- b de risico's die aan de investering zijn verbonden zijn van dien aard dat de investering niet zou plaatsvinden tenzij een ontheffing wordt toegekend;
- c de interconnector moet eigendom zijn van een natuurlijke of rechtspersoon die op zijn minst qua rechtsvorm gescheiden is van de netbeheerders in wier netten die interconnector wordt gebouwd;
- d er worden tarieven in rekening gebracht bij de gebruikers van die interconnectoren.

De ontheffingen zullen slechts op zeer exceptionele basis worden verleend.¹³ De nationale instantie die een ontheffing verleent moet dit besluit onverwijld aan de Europese Commissie zenden, die binnen twee maanden na ontvangst kan eisen dat de ontheffing wordt gewijzigd of ingetrokken.

In Nederland is ingevolge de E-wet de Minister van Economische Zaken (hierna: de Minister) bevoegd om een ontheffing te verlenen. Hij wordt daarvoor geadviseerd door de directeur DTe.¹⁴ De aanleg van nieuwe interconnectoren mag door private partijen geschieden, het beheer geschiedt door de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Voor de marktpartijen die willen investeren in nieuwe interconnectoren is het uiteraard van het grootste belang vooraf duidelijkheid te hebben over de wijze waarop aan de ontheffingsbevoegdheid in de praktijk uitvoering zal worden gegeven.

Het Nederlandse elektriciteitsnet is op verschillende plaatsen gekoppeld aan het Duitse en aan het Belgische net. Deze grensoverschrijdende netten of

9 De recent gewijzigde procedure voor de totstandkoming van de TarievenCode is neergelegd in de artikelen 26b tot en met 31 E-wet.

10 Artikelen 41b en c E-wet.

11 Verordening nr. 1228/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 PbEU, L176/1. Van diezelfde datum is de Beschikking van het Europees Parlement en de Raad tot opstelling van richtsnoeren voor trans-Europese netwerken in de energiesector nr. 1229/2003, die tot doel heeft een gunstiger klimaat te scheppen voor de ontwikkeling van trans-Europese netwerken door het verlenen van financiële bijstand aan projecten van gemeenschappelijk belang, PbEU 2003, L176/11.

12 Artikel 7 Verordening.

13 'There will be no block exemptions for specific types of infrastructure and all cases will be assessed on their merits. This consideration is particularly relevant since there is no possibility of exemptions for existing infrastructure and therefore any decision to give new pieces of infrastructure a different status must be clearly justified.', in: Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228/03 in the electricity and gas internal market: Exemptions from certain provisions of the third party access regime, 30.1.2004.

14 Artikel 86c E-wet.

interconnectoren op een spanningsniveau van 500 volt of meer behoren tot het landelijk hoogspanningsnet.¹⁵ In Nederland is TenneT (Transmission System Operator B.V. (TenneT) de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet. Op de interconnectoren bestaat een tekort aan capaciteit, dat deels wordt veroorzaakt doordat de prijs van Nederlandse elektriciteit relatief hoog is in vergelijking met buitenlandse stroom die wordt geproduceerd uit bruinkool, waterkracht of door middel van kernsplijting. Dit heeft geleid tot een grote vraag naar importcapaciteit om elektriciteit vanuit lagere prijsgebieden naar Nederland te kunnen transporteren. Daarnaast wordt in grote mate beslag gelegd op de beschikbare importcapaciteit door lange termijn importcontracten van, de rechthebbende op de contracten van de Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven, verenigd in SEP.¹⁶

TenneT is verplicht aan een verzoeker die jaarlijks meer dan een vastgestelde hoeveelheid elektriciteit verbruikt een aanbod te doen om elektriciteit te transporteren vanuit een ander land naar deze afnemer ten behoeve van eigen gebruik.¹⁷ Vanwege de schaarste aan importcapaciteit geldt een verdelingsregeling die aangeeft op welke wijze de importcapaciteit wordt verdeeld tussen de aanvragers van die capaciteit. TenneT is belast met de verdeling van deze capaciteit. De capaciteit wordt per interconnector geveild in een jaarveiling, maandveilingen en dagveilingen volgens een uitgewerkte regeling in de Netcode.¹⁸ De directeur DTe kan op aanvraag besluiten dat capaciteit op het landgrensoverschrijdende net bij

voorrang wordt bestemd.¹⁹ Daartegenover staat een wettelijke beperking voor het ter beschikking hebben van transportcapaciteit op het landgrensoverschrijdende net. Om te voorkomen dat een partij een dominante positie verkrijgt mag een afnemer, leverancier of handelaar niet meer dan 400 MW tot zijn beschikking hebben.²⁰

Geschillenbeslechting

Indien een partij het niet eens is met de wijze waarop een netbeheerder zijn taken en bevoegdheden uitoefent c.q. aan zijn verplichtingen op grond van de E-wet voldoet, kan hij een klacht indienen bij de directeur DTe.²¹ Tegen het bindende besluit van de directeur DTe staat beroep open volgens de procedure van de Algemene wet bestuursrecht. Deze bevoegdheid tot geschillenbeslechting, die voorheen aan de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) was opgedragen, heeft tot op heden niet tot formele besluiten of rapporten in concrete geschillen geleid.²² Daarbij verdient opmerking dat deze specifieke regeling de mogelijkheid voor de klager om andere rechtsmiddelen aan te wenden onverlet laat. Aldus is denkbaar dat in het geval van een geschil over TPA bijvoorbeeld ook een klacht bij de d-g NMa op grond van misbruik van economische machtspositie tot de mogelijkheden behoort.²³

Een voorbeeld van dit laatste is de klacht die Norsk Hydro Energy B.V. op 27 april 1998 indiende bij de d-g NMa tegen SEP in verband met diens weigering om aan Norsk Hydro een aanbod te doen om

15 Artikel 10 E-wet.

16 Onder het regime van de Elektriciteitswet 1989 waren de vier toenmalige producenten, EPON, UNA, EZH en EPZ in de SEP verenigd met elk een aandeel van 25%. De SEP (thans NEA, BV Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor, geheten) heeft een voorrangpositie met betrekking tot het gebruik van buitenlandverbindingen in verband met langlopende verplichtingen uit overeenkomsten die nog vóór de liberalisatie waren gesloten. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft aan het Europese Hof van Justitie in een prejudiciële procedure de vraag voorgelegd of de voorrangpositie van de SEP-contracten in strijd is met het EG-Verdrag (zaak C-17/03).

17 Artikel 45 E-wet.

18 Zie voor een beschrijving van de capaciteitsallocatie op buitenlandverbindingen: V.P. Aarts en F. Wenting, 'Regulering en conflicten rondom landsgrensoverschrijdende elektriciteitsnetten', in: *NTE* 2003, pp. 10 e.v.

19 Artikel 26 E-wet. De directeur DTe neemt daarop een besluit.

20 Artikel 31a lid 1 E-wet.

21 Artikel 51 E-wet.

22 Voorheen toen deze bevoegdheid nog aan de d-g NMa was toegekend vermeldde de bepaling dat de geschillen op grondslag van de Mededingingswet werden beslecht; deze toevoeging ontbreekt in de huidige tekst zodat moet worden aangenomen dat de directeur DTe beslecht op basis van de sectorspecifieke E-wet.

23 Artikel 24 Mededingingswet. Het ligt in de rede dat in voorkomend geval afstemming plaatsvindt tussen de directeur DTe en de d-g NMa. Vergelijk 'Herzien Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa', in: *Stb.* 29 juni 2004, nr. 121, p. 21, waarin de afspraken over geschillenbeslechting zijn neergelegd tussen de d-g NMa en de toezichthouder op de telecommunicatiemarkt, de OPTA. De bestaande Beleidsregels geschillenbeslechting NMa/DTe zijn opgesteld toen de geschillenbeslechtingsbevoegdheid op grond van de E-wet en de Gaswet nog bij de d-g NMa berustte.

elektriciteit voor haar te transporteren. SEP stelde als voorwaarde dat Norsk Hydro buiten iedere twijfel aantoonde dat de invoer van die elektriciteit niet gepaard gaat met de levering aan derden van elektriciteit bestemd voor de openbare voorziening. Het College leidde hieruit af dat sprake was van een leveringsweigering en oordeelde:

*‘Gezien de monopoliepositie die SEP was gegeven als beheerder van het koppelnet, een onmisbare faciliteit waarvoor geen alternatief bestaat, is deze leveringsweigering terecht aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie en aldus als inbreuk op artikel 24 Mededingingswet’.*²⁴

De NMa legde aan SEP een boete op van f 14 miljoen die inmiddels als gevolg van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in het hoger beroep is gematigd tot € 3.500.000.

Gas

Gasrichtlijn

De regulering van nettoegang in de Gasrichtlijn verschilt onder meer van die in de Elektriciteitsrichtlijn, doordat deze betrekking heeft op toegang tot het gastransmissie- en distributiesysteem, de LNG-installaties²⁵ en de upstreampijpleidingnetten.²⁶ De Gasrichtlijn schrijft net als de Elektriciteitsrichtlijn een systeem voor van vooraf goedgekeurde tarieven of tariefmethoden en kent daarbij dezelfde bevoegdheden voor ex ante tarieftoezicht en geschillenbeslechting toe aan een onafhankelijke regulator.²⁷ Dit systeem sluit de mogelijkheid van onderhandelde toe-

gang, die onder de vorige Gasrichtlijn nog was toegestaan en in diverse lidstaten, waaronder Nederland, ook was geïmplementeerd, expliciet uit. Dit heeft er in Nederland toe geleid dat de tariefregulering voor gastransport in juli 2004 is gewijzigd en de totstandkoming van de transporttarieven het karakter heeft gekregen van de transporttariefregulering voor elektriciteit.²⁸

Op 10 december 2003 heeft de Europese Commissie ter aanvulling van de Gasrichtlijn een voorstel ingediend voor een Verordening betreffende de voorwaarden voor de toegang tot gastransmissienetten.²⁹ Daarin zijn grondprincipes omschreven voor bijvoorbeeld tarieven voor nettoegang en mechanismen voor capaciteitsallocatie. De maatregelen ter uitvoering van deze principes zijn opgenomen in de bij de ontwerp-Verordening gevoegde richtsnoeren. De beoogde datum van inwerkingtreding van de Verordening is 1 juli 2006.

Weigeringsgronden

De weigeringsgronden voor TPA tot het gasnet zijn ruimer dan die voor het elektriciteitsnet, waarvoor een weigering uitsluitend op een gebrek aan capaciteit kan worden gebaseerd. Het aardgasbedrijf kan tevens TPA tot het gasnet weigeren:

- indien TPA het bedrijf zou verhinderen openbare dienstverplichtingen, aangeduid als public-service-obligations (PSO), na te komen;
- op grond van ernstige economische en financiële moeilijkheden met take-or-pay (ToP)-verplichtingen.

De Nederlandse wetgever heeft in de Gaswet de

24 CBB 28 mei 2004 AWB 03/76, Nederlands Elektriciteits Administratiekantoor B.V. (NEA), rechtsopvolger van N.V. samenwerkende elektriciteitsbedrijven (SEP) vs. d-g NMa. De uitspraak is weliswaar gewezen onder de Elektriciteitswet 1989, maar die staat net als de E-wet 1998 alleen weigering toe op grond van capaciteitsgebrek. Destijds stond nog geen rechtsgang bij een sectorspecifieke toezichthouder als de directeur DTe open.

25 Artikel 19 Gasrichtlijn; LNG staat voor Liquefied Natural Gas.

26 Artikel 20 Gasrichtlijn; dit betreft het pijpleidingennet verbonden met gaswinningsprojecten, in de Gaswet aangeduid als gasproductienet: de TPA tot dit net is in de Gaswet uitgewerkt door in artikel 17 Gaswet de Mededingingswet van toepassing te verklaren op gastransport met behulp van een gasproductienet op het onder de Noordzee gelegen deel van het continentaal plat. Zie verder: Ch.P. Verwer, ‘Gaswet, pijpleidingen en ondergrondse opslag: enkele gedachten’, in: *Energieliberatisatie in Nederland*, M.M. Roggenkamp (ed.).

27 Artikelen 18 en 21 Gasrichtlijn.

28 De directeur DTe stelt niet langer Richtlijnen vast voor de indicatieve tarieven en voorwaarden (artikel 13 Gaswet (oud)), maar stelt de door de gezamenlijke netbeheerders voorgestelde tariefstructuren en voorwaarden vast cf. de procedure in artikelen 12a-g Gaswet. De netbeheerders zenden jaarlijks voor 1 oktober met inachtneming van onder meer deze tariefstructuren en voorwaarden een voorstel voor de maximumtransporttarieven naar de directeur DTe, die de tarieven jaarlijks vaststelt ingevolge de artikelen 81b en c. Het is de bedoeling dat in een ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot de tariefstructuren en voorwaarden, maar deze was ten tijde van de afronding van dit artikel nog niet van kracht, zodat vooralsnog de indicatieve tarieven en voorwaarden van de individuele netbeheerders worden gehanteerd.

29 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor de toegang tot gastransmissienetten, COM (2003) 741, 2003/302 (COD).

eerstgenoemde weigeringsgrond opgenomen voor de beheertaken die exclusief aan de gasnetbeheerders zijn toegekend.³⁰ Daaronder valt ook de exclusieve verplichting van Gasunie, de beheerder van het landelijk gastransportnet, om alle aan haar aangeboden productie van gas afkomstig uit de zogenaamde kleine velden (dat wil zeggen andere velden dan het Groningenveld bij Slochteren, het grootste gasveld in Nederland) tegen marktconforme prijzen af te nemen.³¹

De tweede weigeringsgrond is uitsluitend in de Gaswet opgenomen ten behoeve van de ToP-verplichtingen van Gasunie. Deze verplichtingen houden in dat indien Gasunie het geproduceerde gas uit de eerdergenoemde kleine velden niet afneemt, zij op grond van de onderliggende contracten toch moet betalen. Als een concreet aan Gasunie gericht verzoek om TPA meebrengt dat Gasunie ernstige economische en financiële moeilijkheden ondervindt of dreigt te ondervinden in verband met ToP-contracten, kan Gasunie aan de d-g NMa een ontheffing vragen van haar TPA-verplichting.³²

Gasopslag

Gasopslaginstallaties hebben in een geliberaliseerde markt een belangrijke functie voor onder meer seizoensopslag en voor peak shaving, het balanceren van de gasstroom op dag- en uurbasis. Marktpartijen kunnen door het gebruik van gasopslaginstallaties inspelen op schommelingen in de gasvraag. Voor gasopslaginstallaties geldt net als voor de gasnetwerken dat bestaande faciliteiten in handen zijn van een beperkt aantal ondernemingen.

De Gasrichtlijn kent een specifieke TPA-regeling voor gasopslag.³³ Volgens de definities in de Gasrichtlijn geldt de TPA-verplichting voor gasopslaginstallaties met uitsluiting van het gedeelte dat wordt gebruikt voor gasproductie en installaties die uitslui-

tend ten dienste staan aan de netbeheerder van het landelijk gastransportnet bij de uitvoering van zijn taken.³⁴ In de praktijk valt veelal moeilijk vast te stellen welke delen van de gasopslaginstallaties de netbeheerder werkelijk voor de uitoefening van zijn taken nodig heeft. Volgens een recente toelichting op de Gasrichtlijn is voor de vaststelling van de voor TPA beschikbare gasopslagcapaciteit vereist dat gasnetbeheerders zo accuraat mogelijk, bijvoorbeeld aan de hand van historische gegevens, aangeven welke opslagfaciliteiten zij exclusief moeten reserveren om hun taken uit te oefenen. Hierbij is een belangrijke controlerende rol voor de overheid weggelegd. Zolang de gasnetbeheerder deze exclusief gereserveerde capaciteit niet gebruikt zou hij deze onder voorwaarden op de markt moeten aanbieden.³⁵

Voor TPA tot gasopslag geeft de Gasrichtlijn de lidstaten de keuze tussen onderhandelde en gereguleerde toegang. De Nederlandse wetgever heeft de keuze gemaakt voor onderhandelde toegang. In de Gaswet wordt een aantal gasopslagbedrijven aangewezen die een economische machtspositie hebben. Deze gasopslagbedrijven zijn verplicht jaarlijks indicatieve tarieven en voorwaarden te publiceren, die de basis vormen voor onderhandelingen over de verrichting van gasopslag en de ondersteunende diensten aan derden.³⁶ Deze indicatieve tarieven en voorwaarden moeten worden geformuleerd met inachtneming van een ministeriële regeling.³⁷ Indien geschillen rijzen over TPA tot gasopslag is niet de directeur DTe de aangewezen instantie, maar moeten partijen zich wenden tot de d-g NMa.³⁸ Die wordt geacht te oordelen met inachtneming van de Gaswet overeenkomstig nader genoemde procedureregels in de Mededingingswet. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat de beoordeling van geschillen over gasopslag langs deze weg niet geschiedt op basis van het

30 Artikel 15 Gaswet; het betreft de exclusieve bevoegdheden in de artikelen 10, 10a, 42 en 54a Gaswet.

31 Deze verplichting komt voort uit het 'kleine-velden-beleid' van de Nederlandse overheid dat erop is gericht om aardgas met voorrang te exploiteren uit de kleine gasvelden om zo lang mogelijk het Groningengas als strategische reserve te conserveren.

32 Artikel 16 Gaswet.

33 Artikel 19 Gaswet.

34 Artikel 2 sub 9 Gasrichtlijn uitgewerkt in artikel 1 sub f Gaswet.

35 Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas: Third party access to storage facilities, 16.1.2004

36 Artikel 18 Gaswet. Nederland kent drie ondergrondse opslaginstallaties op de locaties Norg, Grijskerk en Alkmaar. De relevante vennootschappen zijn N.V. Gasunie, de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) en BP.

37 Waar voorheen de DTe richtlijnen publiceerde voor de indicatieve tarieven en voorwaarden, voorziet de Gaswet sinds juli 2004 in de mogelijkheid dat regels hiervoor worden gesteld in een ministeriële regeling. Ten tijde van de afronding van dit artikel was nog geen ministeriële regeling gepubliceerd, zodat het bestaande systeem van indicatieve tarieven en voorwaarden nog van kracht is.

38 Artikel 18e Gaswet.

commune mededingingsrecht. Net zomin als bij de toegang tot gasnetten en elektriciteitsnetten is tot op heden enig concreet toegangsgeschil over gasopslag met een besluit van de d-g NMa op grond van de Gaswet beslist.

Nieuwe infrastructuur

Voor grote nieuwe gasinfrastructuur, dat wil zeggen interconnectoren tussen lidstaten, LNG- en opslaginstallaties biedt de Gasrichtlijn een mogelijkheid voor ontheffing van TPA-verplichtingen op verzoek.³⁹ De voorwaarden voor ontheffing zijn vergelijkbaar met die voor ontheffing op grond van de Verordening voor TPA bij grensoverschrijdende handel in elektriciteit. In de Gaswet zijn deze ontheffingsgronden overgenomen en beslist de Minister op ontheffingsverzoeken, nadat de DTe hierover een advies heeft uitgebracht.⁴⁰ In 2003 heeft Gastransport Services (GtS) vooruitlopend op een officiële ontheffingsaanvraag bij de Minister een ontwerp-aanvraag ingediend voor een nieuw aan te leggen gaspijp tussen Balgzand en Bacton (hierna: BBL). De directeur DTe heeft na een gezamenlijke consultatie van de markt met de Britse regulator, de Office of Gas and Electricity Markets aan de Minister advies uitgebracht. De directeur DTe adviseerde GtS comfort te verlenen dat volledige ontheffing voor maximaal tien jaar wordt verleend, onder een aantal voorwaarden, waaronder de volgende:

- GtS moet tijdig investeringen in het GtS netwerk plegen die nodig zijn om de doorvoer van gas naar de BBL tijdig op te vangen, zonder dat dit ten koste gaat van de leveringszekerheid en mededinging in Nederland;
- GtS moet de kosten van deze extra investeringen ten laste laten komen van de BBL gebruikers, behoudens het gedeelte van de kosten waarvan kan worden aangetoond dat zij ten bate komen van de Nederlandse consument.

Na afloop van de ontheffing zal een regulated

TPA-regime van toepassing zijn waarover tijdig overleg zal worden gevoerd met de betrokken partijen, aldus het advies van de directeur DTe.⁴¹

Slotopmerkingen

De regulering van TPA voor energie-infrastructuur is onmiskenbaar een onmisbaar instrument voor de liberalisering van de energiesector in Nederland en binnen de EU. Alhoewel de TPA tot deze essential facilities wortelt in het commune mededingingsrecht, blijkt TPA in toenemende mate door sector-specifieke wet- en regelgeving te worden gereguleerd. Het commune mededingingsrecht kan daarbij als vangnet dienen.

Voorts kan worden vastgesteld dat de TPA verspreid in Europese en nationale regelgeving is gereguleerd. Deze versnippering gecombineerd met de toename van sector-specifieke regulering brengt mee dat zowel bij de ex ante als bij de ex post regulering van TPA een diversiteit aan Europese en nationale instanties is betrokken (voor Nederland zijn dat bijvoorbeeld de Europese Commissie, het Europese Hof van Justitie, de minister van Economische Zaken, de d-g NMa en de directeur DTe).⁴² Dit lijkt niet in het belang van gebruikers van (Europese) energie-infrastructuur, noch van investeerders in nieuwe infrastructuur die baat hebben bij transparante TPA-regulering. Bij de huidige stand van de liberalisering van de gas- en elektriciteitsmarkten in de EU⁴³ zullen partijen het vooralsnog met deze versnipperde TPA-regulering moeten doen.

Mr. M. de Rijke is advocaat te Amsterdam en partner bij Houthoff Buruma, alwaar zij leiding geeft aan het energieteam. Zij dankt mr. M.E.H.G. Tillij voor haar bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

39 Artikel 22 Gasrichtlijn.

40 Artikel 18h Gaswet.

41 Advies DTe, 25 november 2003 inzake Ontwerpaanvraag Gastransport Services (GtS) voor een ontheffing van de Balgzand Bacton Leiding (BBL). Ten tijde van de ontwerp-aanvraag was de tweede Gasrichtlijn nog niet in de Gaswet geïmplementeerd, maar wenste GtS al duidelijkheid over het reguleringsregime. Omdat de Gaswet inmiddels in juli 2004 is geamendeerd, wordt de formele ontheffingsaanvraag binnenkort verwacht.

42 Zie over de wisselwerking van Europees mededingingsrecht en sector-specifieke regulering van TPA ook: A. Palasthy, Third Party Access (TPA) in the Electricity Sector: EC Competition Law and Sector-Specific Regulation', in: *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2002, pp. 2-39; K. Boe Moen, 'The Gas Directive and Third Party Transport Rights – What Pipeline Volumes are Available?', in: *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2003, pp. 55-56.

43 Wenting spreekt in dit verband van 'de min of meer autonome ontwikkeling van geliberaliseerde markten binnen de lidstaten' F. Wenting, 'Leiden Richtlijn 2003/54/EG en Beschikking nr. 1229/2003/EG tot een Europese markt voor elektriciteit?', in: *NTER* nr. 7, juli 2004.