


Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	11-03-2025
Datum publicatie	11-03-2025
Zaaknummer	24/465, 24/466, 24/468, 24/479, 24/480, 24/481, 24/482, 24/483, 24/486, 24/487, 24/488, 24/489, 24/4
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig,Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	<p>Prioriteringskader van de ACM voor verzoeken om transportcapaciteit op het elektriciteitsnet.</p> <p>Met de introductie van een prioriteringskader in de Netcode heeft de ACM voorrang gegeven aan bepaalde functies met een groot maatschappelijk belang, bij de behandeling van verzoeken om transport van elektriciteit. Appellanten vinden dat de functies waarin zij actief zijn óók moeten worden opgenomen in het prioriteringskader.</p> <p>Het College oordeelt dat de ACM zelfstandig bevoegd is een prioriteringskader op te stellen en hierin een eigen keuze te maken, maar zij heeft ten onrechte geen zelfstandige, zorgvuldig gemotiveerde afweging van alle betrokken belangen gemaakt door alleen de Verordening Gasleveringszekerheid als uitgangspunt te nemen voor het onderscheid in categorieën en functies. Volgens het College is dit besluit onzorgvuldig voorbereid en onvoldoende gemotiveerd.</p> <p>Het College vernietigt het prioriteringskader. Dat betekent dat de ACM, indien zij dat noodzakelijk acht, een nieuw kader moet vaststellen. Het College treft daarbij de voorlopige voorziening dat het prioriteringskader blijft gelden tot uiterlijk 1 januari 2026.</p>
Wetsverwijzingen	Elektriciteitswet 1998
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl
 Verrijkte uitspraak	

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 24/465, 24/466, 24/468, 24/479, 24/480, 24/481, 24/482, 24/483, 24/486, 24/487, 24/488, 24/489, 24/493 en 24/495

uitspraak van de meervoudige kamer van 11 maart 2025 in de zaken tussen

1. **VodafoneZiggo Group B.V., Vodafone Libertel B.V., Ziggo B.V.** (VodafoneZiggo)

2. **Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V.** (KPN)
3. **ProRail B.V. en Railinfratrust B.V.** (ProRail)
4. **de Vereniging van Waterbedrijven in Nederland** (VEWIN)
5. **de Landelijke Huisartsen Vereniging, de Vereniging Praktijkhoudende Huisartsen (VPHuisartsen), InEen vereniging van organisaties voor eerstelijnszorg** (LHV e.a.)
6. **Equinix (Netherlands) B.V.** (Equinix)
7. **de Vereniging Afvalbedrijven**
8. **CV samenwerkingsverband DOVA U.A., Interprovinciaal overleg (IPO), Branchevereniging OV-NL, OV-bureau Groningen Drenthe** (DOVA e.a.)
9. **HTM Personenvervoer N.V., RET N.V., GVB Holding N.V., GVB Exploitatie B.V., GVB Infra B.V., GVB Veren B.V.** (HTM e.a.)
10. **Koninklijke Nederlandse vereniging voor afval- en reinigingsdiensten** (NVRD)
11. **NS Reizigers B.V.** (NS Reizigers)
12. **Stichting Dutch Data Center Association** (DDA)
13. **de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu,** (minister van Infrastructuur en Waterstaat)
14. **Transport en Logistiek Nederland,** (TLN)

(gezamenlijk: appellanten)

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM)

met als derde partij

Netbeheer Nederland

Procesverloop

Met het besluit van 12 april 2024 (Staatscourant 2024, 12928) heeft de ACM de Netcode elektriciteit gewijzigd betreffende de prioriteringsruimte bij transportverzoeken (prioriteringskader).

Appellanten hebben tegen deze wijziging van de Netcode beroep ingesteld.

De ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Netbeheer Nederland heeft een schriftelijke uiteenzetting over de zaak gegeven.

Appellanten zijn in de gelegenheid gesteld een nadere schriftelijke reactie in te dienen.

De ACM heeft met het besluit van 14 november 2024 (Staatscourant 2024, 38044) het prioriteringskader gewijzigd.

Ten aanzien van een aantal stukken die de ACM verplicht is over te leggen heeft zij meegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Met de beslissing van 5 december 2024 (ECLI:NL:CBB:2024:915) heeft de rechter-commissaris van het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht.

De Vereniging Afvalbedrijven heeft het College geen toestemming verleend om mede op grondslag van deze stukken uitspraak te doen. De NVRD heeft het College alleen toestemming verleend voor zover de beperking van de kennisneming ziet op persoonsgegevens. Voor wat betreft de overige stukken heeft NVRD het College geen toestemming verleend. De overige partijen hebben het College toestemming verleend om mede op grond van deze stukken uitspraak te doen.

De zittingen vonden plaats op 11 december 2024 en 16 december 2024. Daaraan hebben deelgenomen:

- VodafoneZiggo, vertegenwoordigd door mr. L. Mensink en mr. M. de Haan, gemachtigden, en [naam 1] ;
- KPN, vertegenwoordigd door mr. M. Winters en mr. B. van Hemessen, gemachtigden, en [naam 2] en [naam 3] ;
- ProRail, vertegenwoordigd door mr. M. de Wit en mr. K.J. Vriesendorp, gemachtigden, en [naam 4] , [naam 5] en [naam 6] ;
- VEWIN, vertegenwoordigd door mr. J.A.M.A. Sluysmans, gemachtigde, en [naam 7] ;
- de LHV e.a., vertegenwoordigd door mr. S. Snelder en mr. M. Bots, gemachtigden, en [naam 8] en [naam 9] ;
- Equinix, vertegenwoordigd door mr. C.L. Klapwijk en mr. V.R.C. Ahee, gemachtigden, en [naam 10] en [naam 11] ;
- de Vereniging Afvalbedrijven, vertegenwoordigd door mr. M.R. het Lam, gemachtigde, en [naam 12] en [naam 13] ;
- DOVA e.a., vertegenwoordigd door mr. G. Verberne en mr. P. Juttman, gemachtigden;
- HTM e.a., vertegenwoordigd door mr. G.J. van Midden en mr. E.A. de Vries, gemachtigden, en [naam 14] , [naam 15] , [naam 16] en [naam 17] ;
- de NVRD, vertegenwoordigd door mr. R. Mahler, gemachtigde, en [naam 18] ;
- NS Reizigers, vertegenwoordigd door mr. R.W. de Vlam en mr. R.H.B. Duncker, gemachtigden;
- DDA, vertegenwoordigd door [naam 10] en [naam 19] ;
- de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu, vertegenwoordigd door mr. I. Brinkman en mr. R.D. Reinders, gemachtigden, en [naam 20] , [naam 21] en [naam 22] ; en
- TLN, vertegenwoordigd door [naam 23] en [naam 24] .

Verder hebben aan de zittingen deelgenomen:

- de ACM vertegenwoordigd door mr. T. Sahabi, mr. W. Wolbers, mr. T. Telder, E. Kuijpers, mr. E. Meyer en mr. J. Reuveny;
- Netbeheer Nederland vertegenwoordigd door mr. B.J.M. van Oorschot en mr. J.E. Janssen, gemachtigden, en [naam 25] , [naam 26] , [naam 27] , [naam 28] en [naam 29] .

Overwegingen

Samenvatting

Deze uitspraak gaat over het beroep van veertien appellanten tegen het prioriteringskader voor transport van elektriciteit, dat de ACM heeft vastgesteld met wijziging van de Netcode. Op grond van dit prioriteringskader

krijgen bepaalde functies voorrang bij het toekennen van schaarse transportcapaciteit voor elektriciteit (voor grootgebruikers). De functies van appellanten zijn volgens hen ten onrechte niet opgenomen in de categorieën 2 (veiligheid) en/of 3 (basisbehoeften) van het prioriteringskader.

Na een inleiding (1) en beschrijving van het prioriteringskader (2) oordeelt het College onder 3 eerst dat de ACM bevoegd is een prioriteringskader vast te stellen. Daarna wordt de ontvankelijkheid van de beroepen besproken. Het College komt tot het oordeel dat het beroep van Equinix niet-ontvankelijk is omdat zij geen zienswijze tegen het ontwerpbesluit heeft ingediend (4.4-4.8). De beroepen van de overige appellanten zijn ontvankelijk omdat zij als belanghebbende zijn aan te merken bij het prioriteringskader (4.9-4.14). Netbeheer Nederland is volgens de wet ook belanghebbende en kan daarom als derde partij deelnemen (4.15).

Vervolgens komt het College onder 6 tot een inhoudelijke beoordeling van de beroepsgronden (samengevat onder 5). Het College concludeert dat de algemene beroepsgrond dat het prioriteringskader onzorgvuldig is voorbereid en ontoereikend is gemotiveerd, slaagt (6.1-6.15). De ACM heeft alleen de Verordening Gasleveringszekerheid als uitgangspunt genomen voor het onderscheid in categorieën en functies. Zij heeft ten onrechte geen zelfstandige, zorgvuldig gemotiveerde afweging van alle betrokken belangen gemaakt. De ACM moet meer en andere Europese en nationale regelgeving en beleid bij haar afweging betrekken en daarbij ook aandacht besteden aan de argumenten die diverse appellanten naar voren hebben gebracht, zoals het bestaan van een wettelijke duurzaamheidsverplichting en de noodzaak van ondersteunende functies voor uitvoering van publieke taken. Ook moet de ACM de feitelijke (dynamische) situatie met betrekking tot netcongestie bij de belangenafweging betrekken. Wel heeft de ACM naar het oordeel van het College terecht tot uitgangspunt genomen dat een te ruime invulling van de functies in het prioriteringskader de werking daarvan teniet doet.

De meer specifieke beroepsgrond van de LHV e.a. en de Vereniging Afvalbedrijven en de NVRD dat de functies acute zorg en waterbeheer onjuist en te beperkt zijn afgebakend, waardoor deze appellanten daar volgens hen ten onrechte niet onder vallen, slaagt niet. Dit is onder 6.16-6.17 toegelicht.

Het zou een te verstrekkend gevolg zijn van de uitspraak als in het geheel geen prioriteringskader meer zou gelden. Daarom bepaalt het College dat het prioriteringskader blijft gelden totdat de ACM een nieuw prioriteringskader heeft vastgesteld, tot uiterlijk 1 januari 2026. Daarbij wordt de functie 'openbare drinkwatervoorziening' verplaatst naar categorie 2 (7.2).

Inleiding en achtergrond

1.1 Op dit moment is in Nederland sprake van een situatie waarin (regionale) netbeheerders veel verzoeken om transportcapaciteit van elektriciteit (van grootverbruikers) niet kunnen honoreren, omdat in grote delen van Nederland sprake is van netcongestie. Netcongestie doet zich voor als een elektriciteitsnet de grens van de fysieke capaciteit heeft bereikt en niet meer kan voorzien in het gewenste transport van elektriciteit.

Een structurele oplossing voor dit probleem is verzwaring van het elektriciteitsnet door de netbeheerders. Dat is echter een langdurig en kostbaar traject. Zo lang het elektriciteitsnet nog niet zodanig verzwaid is om in de behoefte te kunnen voorzien, neemt (ook) de ACM allerlei maatregelen¹ om netcongestie en de gevolgen daarvan te beperken. De maatregelen zijn erop gericht om efficiënter om te gaan met het gebruik van het elektriciteitsnet, zodat extra transportcapaciteit beschikbaar komt.

1.2 Verzoeken om transportcapaciteit die een netbeheerder niet kan honoreren vanwege capaciteitsgebrek worden door de netbeheerder in een wachtrij gezet. Deze verzoeken werden op volgorde van datum van de aanvraag behandeld; het first come first served-principe (FCFS). Bij het beschikbaar komen van transportcapaciteit werd het verzoek van de eerste in de wachtrij gehonoreerd. Deze werkwijze heeft zijn basis in het non-discriminatiebeginsel dat is neergelegd in artikel 24 van de Elektriciteitswet 1998 (Elektriciteitswet). Hierin is bepaald dat de netbeheerder zich onthoudt van iedere vorm van discriminatie bij het doen van een aanbod tot transport. Met andere woorden: alle verzoekers worden hetzelfde behandeld en transportcapaciteit wordt zonder onderscheid naar aanvrager toegekend.

1.3 Veel partijen (grootverbruikers) hebben op dit moment te maken met de situatie dat zij in een wachtrij worden geplaatst omdat hun transportverzoek niet kan worden gehonoreerd vanwege capaciteitsgebrek.

Dat kan gevolgen hebben voor de activiteiten van deze partijen. In het maatschappelijk debat is, gelet op deze situatie, de wens geuit om het mogelijk te maken partijen met een groot maatschappelijk belang prioriteit te geven bij het honoreren van transportverzoeken. De ACM heeft over de invulling en de juridische haalbaarheid hiervan met diverse partijen gesproken. Vervolgens heeft zij ambtshalve een ontwerpbesluit tot wijziging van de Netcode genomen waarmee – in afwijking van het FCFS-principe – aan bepaalde nader genoemde partijen voorrang kan worden gegeven bij het toekennen van vrijgekomen transportcapaciteit.

- 1.4 De ACM heeft met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zoals vastgelegd in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dit ontwerpbesluit gepubliceerd en 'belanghebbenden' (publicatie op 13 juli 2023 in de Staatscourant 2023, 19578) dan wel 'een ieder' (publicatie op 13 juli 2023 op de website van de ACM, kenmerk ACM/UIT/593612) in de gelegenheid gesteld hun zienswijze daarover kenbaar te maken. Er zijn door 78 partijen zienswijzen ingediend.

Het prioriteringskader

Het besluit

- 2.1 Met het besluit van 12 april 2024 heeft de ACM de Netcode ambtshalve gewijzigd en de netbeheerders verplicht om bij het toekennen van transportverzoeken in congestiegebieden een prioritering te hanteren. Deze wijziging van de Netcode betreft, naast de toevoeging van artikelen 7.0a, 7.0b, 7.0c en 7.0d en een wijziging in het bestaande artikel 9.6, een nieuwe bijlage 22 met drie tabellen waarin de functies worden vermeld waaraan prioriteit wordt verleend bij de toekenning van transportcapaciteit:

- tabel 1 bevat de functies in categorie 1 'congestie-verzachters';
- tabel 2 bevat de functies in categorie 2 'veiligheid':

noodhulp, politie en defensie, veiligheidsdiensten; justitie en gevangeniswezen, waterbeheer en acute gezondheidszorg;

- tabel 3 bevat de functies in categorie 3 'basisbehoeften':

openbare drinkwatervoorziening, onderwijs, woonbehoefte, warmtevoorziening en gasnetten.

In de vierde tabel worden de benodigde bewijsstukken per (sub)functie in categorie 2 en 3 vermeld.

Het besluit is op 1 oktober 2024 in werking getreden.

- 2.2 Met het besluit van 14 november 2024 heeft de ACM bijlage 22 aangevuld door Rijkswaterstaat toe te voegen als subfunctie in de functie waterbeheer in categorie 2 (veiligheid). Deze wijziging is op 30 november 2024 in werking getreden.

- 2.3 Het College duidt het (met het besluit van 14 november 2024 gewijzigde) besluit van 12 april 2024 hierna aan als prioriteringskader.

Aan welke partijen wordt voorrang verleend?

- 2.4 Een netbeheerder geeft een verzoek om transport prioriteit als het wordt gedaan door een partij die valt onder één van de drie categorieën in de volgende rangorde:

Categorie 1 congestieverzachters;

Categorie 2 veiligheid; en

Categorie 3 basisbehoeften.

- 2.5 Partijen die vallen onder categorie 1 - congestie-verzachters krijgen de hoogste prioriteit omdat een congestie-verzachter zorgt voor een toename van de beschikbare transportcapaciteit. Daaraan liggen ten grondslag afspraken met de netbeheerder over momenten en/of omvang van invoeding en/of afname van elektriciteit.

- 2.6 Partijen die vallen onder de (sub)functies van categorie 2 - veiligheid, hebben volgens de ACM evident tot doel om bij te dragen aan de (nationale) veiligheid.

De functies in deze categorie betreffen: noodhulp (subfuncties: brandweer, ambulanceposten, meldkamers), politie en defensie (subfuncties: politie, krijgsmacht), veiligheidsdiensten (subfuncties: AIVD, MIVD, NCTV), justitie en gevangeniswezen (subfuncties: rechtspraak, penitentiaire inrichtingen, justitiële inrichtingen, instellingen voor forensische zorg, dienst vervoer en ondersteuning), waterbeheer (subfuncties: rijkswaterstaat, waterschappen, derden belast met waterbeheer) en acute gezondheidszorg (subfuncties: traumacentra, medisch-specialistische acute zorg, regionale ambulancevoorzieningen,

huisartsenzorg in huisartsenposten, Gemeentelijke gezondheidsdiensten, uitbestede taken van Gemeentelijke gezondheidsdiensten, acute geestelijke gezondheidszorg, apotheken die in de avond en op zondag farmaceutische zorg aanbieden). Hier gaat het alleen om afname van elektriciteit.

- 2.7 Partijen die volgens de in het prioriteringskader opgenomen omschrijving vallen onder de (sub)functies van categorie 3 - basisbehoeften, hebben volgens de ACM evident tot doel om te voorzien in een basisbehoefte. Functies in categorie 3 krijgen een lagere prioriteit dan functies in categorie 2, omdat deze betrekking hebben op meer individuele in plaats van collectieve behoeften.

De functies in deze categorie betreffen: openbare drinkwatervoorziening, onderwijs (subfuncties: primair onderwijs, voortgezet onderwijs, speciaal onderwijs, middelbaar beroepsonderwijs), woonbehoefte, warmtevoorziening (subfuncties: warmtelevering met vergunningplicht, warmtelevering zonder vergunningplicht, warmtenetbeheer) en gasnetten. Ook hier gaat het alleen om afname van elektriciteit.

- 2.8 Behalve bij categorie 1 (congestie-verzachtters), waarbij volstaan is met een definitie, wordt per categorie een functie en subfunctie benoemd, waarbij bij iedere subfunctie in de omschrijving ook specifieke partijen of instellingen worden benoemd. Binnen de categorieën geldt tussen partijen het FCFS-principe. Om prioriteit te krijgen moet een partij, parallel aan haar verzoek om transportcapaciteit, een prioriteringsverzoek bij de netbeheerder indienen. De netbeheerder toetst of aan de in de Netcode genoemde voorwaarden is voldaan en zal bij toewijzing van het prioriteringsverzoek de partij (met prioritering) op de bij de netbeheerder bestaande wachtrij voor het toekennen van transportcapaciteit zetten.

Uitgangspunten van de ACM

- 2.9 Met het prioriteringskader wil de ACM mogelijk maken dat partijen met een groot maatschappelijk belang hoger in de wachtrij voor transportcapaciteit komen, zodat ze eerder dan onder het FCFS-principe capaciteit krijgen. Bij de opstelling van het prioriteringskader heeft de ACM het Europese non-discriminatiebeginsel als uitgangspunt genomen. Dat houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden tenzij een verschil in behandeling gerechtvaardigd is. Dat is het geval als dat verschil in behandeling gebaseerd is op een objectief en redelijk criterium, namelijk wanneer het verband houdt met een door de betrokken wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel.

- 2.10 Voor de invulling van het prioriteringskader heeft de ACM aansluiting gezocht bij onderscheid dat rechtstreeks volgt uit Europese energiewetgeving (interne marktregels voor elektriciteit en gas) en rechtspraak op dat terrein. De ACM heeft de Verordening Gasleveringszekerheid² als uitgangspunt – legitiem doel – genomen. Een vergelijkbare regeling is er niet voor elektriciteit. Omdat de regels voor elektriciteit en gas voor nettoegang en non-discriminatie volgens de ACM overeenkomen, stelt de ACM dat de uitleg van deze begrippen voor gaslevering ook bruikbaar is voor elektriciteitslevering. De ACM leidt uit de aldus afgebakende energiewetgeving en rechtspraak drie categorieën af waarvoor een verschil in behandeling volgens haar gerechtvaardigd is:

- partijen die bijdragen aan de voorzienings- en leveringszekerheid van elektriciteit;
- partijen die bijdragen aan het milieu en het klimaat; en
- partijen die extra bescherming nodig hebben om hun voorzienings- en leveringszekerheid te borgen vanwege een kwetsbare positie.

Deze categorieën hebben voor de ACM het vertrekpunt gevormd voor de juridische afbakening van de partijen die een groot algemeen belang dienen en daarom opgenomen moeten worden in het prioriteringskader. Andere Europese kaders waarin partijen verschillend worden behandeld, zoals bijvoorbeeld de NIS2-Richtlijn (die gaat over cyberbeveiliging)³ en de CER-Richtlijn (die gaat over fysieke weerbaarheid)⁴, heeft de ACM niet betrokken bij het maken van onderscheid tussen categorieën. Volgens de ACM verschilt de juridische context van het onderscheid dat in deze richtlijnen tussen partijen wordt gemaakt wezenlijk van de context van het Europese energierecht en dit prioriteringskader, omdat de richtlijnen niet gaan over nettoegang en niet aanhaken bij het non-discriminatiebeginsel.

- 2.11 De ACM heeft de drie door haar geïdentificeerde categorieën als volgt in het prioriteringskader verwerkt.

De eerste categorie 'Partijen die bijdragen aan de voorzienings- en leveringszekerheid van elektriciteit' heeft de ACM, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 27 januari 2022, Fondul,⁵ in het prioriteringskader opgenomen als categorie 1 - congestieverzachtters.

Volgens de ACM is de tweede categorie - 'Partijen die bijdragen aan het milieu en het klimaat' - (ontleend aan de Elektriciteitsverordening⁶ en Elektriciteitsrichtlijn⁷) onvoldoende afgebakend. De ACM wil eerst verder onderzoeken hoe zij die categorie scherp kan afbakenen voordat deze in (een volgende versie van) het prioriteringskader wordt opgenomen.

Op basis van de derde categorie 'Partijen die extra bescherming nodig hebben om hun voorzienings- en leveringszekerheid te borgen vanwege een kwetsbare positie' is de ACM gekomen tot de categorieën 2 (veiligheid) en 3 (basisbehoeften) van het prioriteringskader.

De ACM heeft deze categorieën ontleend aan de Verordening Gasleveringszekerheid waar bescherming is toegekend aan kwetsbare partijen en partijen die essentiële sociale diensten verlenen vanuit een maatschappelijk oogpunt.

- 2.12 De prioriteringsmogelijkheid waarin het prioriteringskader voorziet is volgens de ACM objectief geschikt om het nagestreefde doel – dat transportschaarste zo min mogelijk in de weg staat aan het realiseren van grote algemene publieke en/of maatschappelijke belangen – te bereiken. Het verschil in behandeling is volgens de ACM ook evenredig om het nagestreefde doel te bereiken. Met het oog hierop heeft de ACM het aantal partijen binnen het prioriteringskader zo beperkt mogelijk gehouden en dienen partijen binnen het prioriteringskader een verplicht voorgeschreven bestuursverklaring te overleggen waarin zij verklaren de aangevraagde transportcapaciteit nodig hebben om het betreffende belang op korte termijn te verwezenlijken.
- 2.13 De ACM geeft in de toelichting verder aan dat zij de praktische werkbaarheid en het effect van het prioriteringskader jaarlijks zal monitoren (artikel 7.0d van de Netcode) en binnen twee jaar na de inwerkingtreding zal evalueren. Bij deze evaluatie kan ook worden vastgesteld of aanpassing van het prioriteringskader nodig is. Dan kan ook rekening worden gehouden met eventuele (onvoorziene) gevallen die niet zijn opgenomen in het prioriteringskader en met wijzigingen in wetgeving. Ook kunnen dan de resultaten van het onderzoek naar de afbakening van de prioriteringscategorie voor partijen die bijdragen aan milieu en klimaat worden meegenomen.

Bevoegdheid van de ACM

- 3.1 Het College zal allereerst de vraag beantwoorden of de ACM bevoegd is om een prioriteringskader op te nemen in de Netcode.
- 3.2 Als de ACM wijziging van de voorwaarden tussen netbeheerders en afnemers noodzakelijk acht, zendt zij een ontwerp van een besluit tot wijziging van die voorwaarden aan de gezamenlijke netbeheerders en de representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt. Dit is geregeld in artikel 32, tweede lid, van de Elektriciteitswet. Uit deze bepaling volgt dus dat de ACM een zelfstandige bevoegdheid heeft om regels te stellen over de voorwaarden die betrekking hebben op het uitvoeren van transport van elektriciteit over het net en daartoe de Netcode te wijzigen. Het College merkt de wijziging van de Netcode door het opnemen van een prioriteringskader aan als een dergelijke voorwaarde.
- 3.3 Hieruit volgt dat de ACM bevoegd was dit besluit ambtshalve te nemen. Dat wijzigingen van de Netcode over het algemeen naar aanleiding van een voorstel van de gezamenlijke netbeheerders plaatsvinden (artikel 32, eerste lid, van de Elektriciteitswet) doet niet af aan de zelfstandige bevoegdheid die de ACM heeft op grond van artikel 32, tweede lid, van de Elektriciteitswet. Beide mogelijkheden om te komen tot een wijziging van de Netcode bestaan naast elkaar. Het College ziet geen strijd met artikel 59, zevende lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. Op grond van onderdeel a van deze bepaling is de ACM bevoegd de voorwaarden voor de aansluiting op en toegang tot nationale netten vast te stellen. Het prioriteringskader valt zonder twijfel onder deze voorwaarden.

Ontvankelijkheid

- 4.1 Vervolgens komt het College, voor zover nodig ambtshalve, toe aan beoordeling van de ontvankelijkheid van de beroepen.
- 4.2 Op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Afdeling 3.4 van de Awb (de uniforme openbare voorbereidingsprocedure) is toegepast bij de voorbereiding van het prioriteringskader. Op grond van artikel 6:13 van de Awb kan, voor zover hier van belang, geen beroep worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen naar voren heeft gebracht over het ontwerpbesluit.

4.3 Hieronder wordt eerst ingaan op de vraag of aan een aantal appellanten kan worden tegengeworpen dat zij geen zienswijzen naar voren hebben gebracht over het ontwerpbesluit. Vervolgens zal worden besproken of de appellanten als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt bij het prioriteringskader.

Zienswijzen

- 4.4 Het College stelt vast dat Equinix, de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA U.A., Branchevereniging OV-NL, OV-bureau Groningen Drenthe, HTM e.a. en de NVRD geen zienswijzen naar voren hebben gebracht tegen het ontwerpbesluit.
- 4.5 Het College is van oordeel dat de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA U.A., Branchevereniging OV-NL, OV-bureau Groningen Drenthe, HTM e.a. en de NVRD redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij dat niet hebben gedaan. In het ontwerpbesluit waren de functies openbaar vervoer en afvalbeheer – functies die deze appellanten uitoefenen, dan wel waarvan zij het belang vertegenwoordigen – namelijk onderdeel van categorie 3 (basisbehoeften) van het prioriteringskader. Bovengenoemde appellanten hebben bij deze stand van zaken geen aanleiding hoeven zien om zienswijzen in te dienen. De ACM heeft het definitieve prioriteringskader vervolgens in die zin gewijzigd dat de functies openbaar vervoer en afvalbeheer daarin niet meer zijn opgenomen. Ten opzichte van het ontwerpbesluit is voor deze appellanten dan ook sprake van een wezenlijke wijziging. Daarom kan hen niet worden tegengeworpen dat zij, voorafgaand aan het indienen van beroep, geen zienswijze hebben ingediend.
- 4.6 Het College is van oordeel dat Equinix wél kan worden verweten dat zij geen zienswijze naar voren heeft gebracht. Anders dan bij de onder 4.5 genoemde appellanten het geval was, maakte de functie datacenters – waarbinnen Equinix actief is – geen deel uit van het prioriteringskader in het ontwerpbesluit en evenmin van het definitieve prioriteringskader. In zoverre had het ontwerpbesluit voor Equinix al aanleiding moeten zijn een zienswijze naar voren te brengen. Het betoog van Equinix dat haar belang pas actueel is geworden ná het sluiten van de zienswijzeperiode, omdat toen pas congestie is afgekondigd in Noord-Holland (waar volgens Equinix haar datacenters voornamelijk zijn gelegen), volgt het College niet. Het prioriteringskader is een algemeen kader dat wordt toegepast in heel Nederland zodra er sprake is van congestie. Daargelaten of het werkingsgebied van Equinix zich daadwerkelijk beperkt tot Noord-Holland zoals zij stelt, is – voor zover het de functie datacenters betreft – geen sprake van een wezenlijke wijziging van het ontwerpbesluit. De verschillen tussen het ontwerpbesluit en het definitieve prioriteringskader waar Equinix op heeft gewezen, zien ook niet op de functie datacenters. Er is niet duidelijk geworden of en in hoeverre die verschillen de positie van Equinix anders zouden treffen dan het ontwerpbesluit deed. Het College ziet dan ook geen aanleiding te oordelen dat Equinix niet kan worden verweten geen zienswijze te hebben ingediend.
- 4.7 Equinix betoogt dat zij op grond van het Verdrag van Aarhus⁸ niettemin recht op toegang tot de rechter heeft. Zij betoogt dat artikel 9, tweede lid, in samenhang met artikel 6 van het Verdrag van Aarhus en rechtspraak van het Hof van Justitie (het arrest van 14 januari 2021, Stichting Varkens in Nood, ECLI:EU:C:2021:7) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling, de uitspraak van 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786) in de weg staan aan niet-ontvankelijkverklaring van haar beroep. Daaruit volgt, volgens Equinix, dat ook nu zij geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om zienswijzen in te dienen, en het niet indienen daarvan niet verschoonbaar is, zij nog steeds recht op toegang tot de rechter heeft omdat zij belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. Equinix wijst daarbij op de, naar zij stelt, ruimhartige uitleg van de Afdeling van de werkingssfeer van artikel 6 van het Verdrag van Aarhus op omgevingsrechtelijke zaken met daarbij genoemde wetten 'alsmede regelingen op het gebied van het milieu en de ruimtelijke ordening'. Zij betoogt dat de Elektriciteitswet weliswaar niet is genoemd in deze opsomming, maar dat de opsomming niet limitatief is en dat besluiten op basis van de Elektriciteitswet ook aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben en dus onder het bereik van het Verdrag van Aarhus kunnen vallen.
- 4.8 Het College volgt Equinix hierin niet. Uit artikel 6, eerste lid, van het Verdrag van Aarhus volgt dat dit verdrag van toepassing is op besluiten over het al dan niet toestaan van voorgestelde activiteiten, die (artikel 6, eerste lid, onder a) in bijlage I staan of die (artikel 6, eerste lid, onder b) een aanzienlijk effect op het milieu hebben. Het College stelt vast dat het hier niet gaat om het (al dan niet) toestaan van activiteiten. Het prioriteringskader voorziet in een kader voor een te hanteren volgorde bij het verlenen van toegang tot transport van elektriciteit. Het prioriteringskader beïnvloedt dus alleen het moment waarop aanspraak bestaat op (extra) transportcapaciteit van elektriciteit. Daarvan staat los of de activiteit waarvoor een verzoek om (extra) transport van elektriciteit wordt gedaan, wordt toegestaan. Omdat het prioriteringskader niet ziet op activiteiten, valt het niet onder de werkingssfeer van het Verdrag van Aarhus.

Het College komt daarom niet toe aan de vraag of Equinix belanghebbende is in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. Dat betekent dat het beroep van Equinix niet-ontvankelijk is.

Belanghebbendheid

- 4.9 Om te kunnen worden aangemerkt als belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb moet volgens de rechtspraak sprake zijn van een eigen, persoonlijk (dat wil zeggen: voldoende onderscheidend), objectief bepaalbaar, actueel en voldoende zeker belang, dat bovendien rechtstreeks bij het besluit is betrokken (vergelijk (onder 3 van) de uitspraak van het College van 20 juni 2023, ECLI:NL:CBB:2023:313).
- 4.10 Het besluit waar het in deze procedure om gaat introduceert een kader voor prioritering van bepaalde aanvragen voor transportcapaciteit. De werkingssfeer van het besluit betreft congestiesituaties in heel Nederland.
- 4.11 Het College onderscheidt drie soorten appellanten: appellanten die belangen behartigen van een bepaalde sector (VEWIN, de LHV e.a., de Vereniging Afvalbedrijven, Branchevereniging OV-NL, de NVRD, DDA en TLN), appellanten die (regionaal) bestuursorgaan (overheid) zijn of vertegenwoordigen (DOVA U.A., OV-bureau Groningen-Drenthe, IPO, de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu) en appellanten die een individueel bedrijf vertegenwoordigen (VodafoneZiggo, KPN, ProRail, HTM e.a. en NS Reizigers).
- Het College is van oordeel dat al deze appellanten belanghebbende zijn bij het prioriteringskader. Dit oordeel licht het College hieronder toe.
- 4.12 Uit artikel 1:2, derde lid, van de Awb volgt dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Bij de appellanten die belangen vertegenwoordigen van een bepaalde sector (waterbedrijven, huisartsen, afvalbedrijven, openbaar vervoersbedrijven, datacenters en transport- en logistieke bedrijven) acht het College aannemelijk dat zij actief zijn en opkomen voor de collectieve en daarmee bovenindividuele belangen die zien op de functies waarin hun achterban actief is. Ook is het aannemelijk dat het prioriteringskader mogelijk gevolgen zal kunnen hebben voor de afhandeling van verzoeken om transport van elektriciteit met het oog op deze functies. Ze worden in zoverre dan ook feitelijk geraakt door het prioriteringskader.
- 4.13 Voor de appellanten die een bestuursorgaan (overheid) zijn of vertegenwoordigen geldt dat de hun toevertrouwde belangen als hun belangen worden beschouwd (artikel 1:2, tweede lid, van de Awb).
- Het College stelt vast dat deze appellanten zich in het kader van hun beroepen tegen het prioriteringskader richten op de volgende functies: openbaar vervoer en spoor, beheer van rijkswegen, militaire corridors en openbare drinkwatervoorziening. Dat deze functies vallen onder de wettelijke taak van deze bestuursorganen staat niet ter discussie. Het College is dan ook van oordeel dat sprake is van aan deze bestuursorganen toevertrouwde belangen, die rechtstreeks betrokken zijn bij het prioriteringskader.
- 4.14 Wat betreft de appellanten die opkomen voor hun eigen belang (VodafoneZiggo, KPN, ProRail, HTM e.a. en NS Reizigers) is het College van oordeel dat in dit geval bij al deze appellanten sprake is van belangen die voldoende actueel, onderscheidend en rechtstreeks betrokken zijn bij het prioriteringskader.
- Daarbij betreft het College dat VodafoneZiggo en KPN in dit geval een individueel en onderscheidend belang hebben ten aanzien van de functie telecom vanwege hun positie op de nationale-, vaste- en mobiele telecommarkt. Zij exploiteren in Nederland de vaste landelijk dekkende telecommunicatienetwerken en (twee van de drie) mobiele netwerken. Met het oog op toekomstige uitbreiding of exploitatie hebben deze appellanten verzoeken om transport van elektriciteit gedaan of zullen zij deze doen.
- ProRail is beheerder en eigenaar van het tractie-energiesysteem van het landelijk hoofdspoorwegnet en in die hoedanigheid in grote mate afhankelijk van elektriciteit. Zij heeft daarom ook een eigen en onderscheidend belang bij het prioriteringskader.
- Ook HTM, RET en GVB hebben als openbaarvervoersbedrijven in Den Haag, Rotterdam en Amsterdam (en omstreken) vanwege hun functie en bedieningsgebied een onderscheidend en eigen belang waar het gaat om afhankelijkheid van elektriciteit.
- Wat betreft betreft NS Reizigers volgt het College haar betoog dat, hoewel zij zelf geen verzoeken om transport van elektriciteit doet (het benodigde transportvermogen voor het treinvervoer door NS Reizigers wordt door ProRail gecontracteerd), haar eigen belang volgt uit het gegeven dat zij valt onder de definitie van afnemer in de zin van de Elektriciteitswet vanwege haar aansluitingen op het gesloten distributiesysteem van ProRail. Daarbij komt dat NS Reizigers volledig afhankelijk is van elektriciteit voor

het kunnen aanbieden van spoorvervoersdiensten die onder de hoofdrailnetconcessie vallen. Daarom heeft NS Reizigers in dit geval een eigen en individueel belang.

- 4.15 De derde partij, Netbeheer Nederland, is een representatieve organisatie van partijen op de elektriciteitsmarkt (namelijk netbeheerders) in de zin van artikel 82 van de Elektriciteitswet. Daarom is ook zij belanghebbende bij dit besluit en kan zij als derde partij aan dit geding deelnemen.

Beroepsgronden

Omvang van het geding

- 5.1 Het College stelt vast dat geen van de appellanten beroepsgronden heeft gericht tegen de introductie van het instrument als zodanig waarmee aan de hand van een prioriteringskader aan transportverzoeken in congestiegebieden voorrang wordt verleend ten behoeve van bepaalde (maatschappelijke) functies. Dat het uitgangspunt van FCFS in zoverre verdwijnt uit de Netcode (met het schrappen van artikel 9.6, vijfde lid) wordt door appellanten ook niet bestreden. Ook tegen de wijziging van de Netcode die ziet op de uitvoering van het prioriteringskader door de netbeheerders (de toegevoegde artikelen 7.0a, 7.0b, 7.0c en 7.0d) hebben appellanten geen beroepsgronden gericht.

De beroepen van appellanten zien uitsluitend op het (in bijlage 22 geïntroduceerde) prioriteringskader en wel in het bijzonder op tabel 2 (categorie 2) en tabel 3 (categorie 3) van bijlage 22. Het College stelt in dit verband ten slotte vast dat geen van de appellanten betoogt dat in tabel 2 en 3 opgenomen functies ten onrechte zijn opgenomen in het prioriteringskader. In zoverre wordt het prioriteringskader ook niet bestreden.

- 5.2 De gronden van appellanten laten zich als volgt kort samenvatten.

Alle appellanten, met uitzondering van de LHV e.a. en VEWIN, betogen dat de ACM de functie waar zij onder vallen ten onrechte niet in het prioriteringskader heeft opgenomen (in categorie 2 of 3).

De LHV e.a. richten zich in hun beroep meer specifiek op de volgens hen onjuiste afbakening van de functie 'acute zorg' in categorie 2 van het prioriteringskader. Volgens hen sluit deze afbakening ten onrechte huisartsenzorg anders dan in huisartsenposten uit.

Tot slot voeren VEWIN en de minister van Infrastructuur en Waterstaat aan dat openbare drinkwatervoorziening – nu vermeld onder categorie 3 van het prioriteringskader – moet worden opgenomen in een hogere categorie (categorie 2 - veiligheid).

Functie openbare drinkwatervoorziening in een hogere categorie

- 5.3 Wat betreft de beroepsgronden van VEWIN en de minister van Infrastructuur en Waterstaat over de openbare drinkwatervoorziening heeft de ACM zich in haar verweerschrift op het standpunt gesteld dat deze slagen. De ACM heeft aangegeven het prioriteringskader op dit punt aan te zullen passen en openbare drinkwatervoorziening onder categorie 2 (veiligheid) op te nemen. Dat is echter lopende deze beroepsprocedure nog niet gebeurd. Partijen hebben het College in overweging gegeven in deze uitspraak te voorzien in deze hogere prioritering van openbare drinkwatervoorziening.

- 5.4 Het College zal het beroep van VEWIN en de minister van Infrastructuur en Waterstaat in zoverre gegrond verklaren en tevens voorzien in de hogere prioritering van openbare drinkwatervoorziening. Het College verwijst daarvoor naar wat daarover is opgenomen aan het einde van deze uitspraak, onder de beslissing.

Functies ten onrechte niet opgenomen

- 5.5 Het merendeel van de appellanten betoogt dat de functie waar zij onder vallen ten onrechte niet is opgenomen in het definitieve prioriteringskader. Het gaat daarbij om de functies telecom (VodafoneZiggo en KPN), openbaar vervoer (ProRail, DOVA e.a., HTM e.a., NS Reizigers), datacenters (DDA), afvalbeheer (de Vereniging Afvalbedrijven, de NVRD) en stedelijk transport (TLN). Voor een aantal appellanten (DOVA e.a. en HTM e.a., de Vereniging Afvalbedrijven en NVRD) geldt dat de functie wel was opgenomen in het ontwerpbesluit.

De minister van Infrastructuur en Waterstaat voert aan dat functies waarvoor hij verantwoordelijkheid draagt ook prioriteit dienen te krijgen. Beheer van rijkswegen, openbaar vervoer en spoor en militaire corridors zijn volgens de minister ten onrechte niet opgenomen in het prioriteringskader.

- 5.6 In de eerste plaats stellen deze appellanten dat de ACM zich voor het maken van een legitiem onderscheid tussen afnemers ten onrechte uitsluitend heeft gebaseerd op de Verordening Gasleveringszekerheid. De

Verordening Gasleveringszekerheid heeft een ander doel; zij voorziet in regels voor een solidariteitsmechanisme tussen lidstaten op de gasmarkt. De Verordening Gasleveringszekerheid kan volgens appellanten ook niet één op één worden toegepast op het transport van elektriciteit. Door zich uitsluitend hierop te richten, heeft de ACM een te beperkte invulling gegeven aan de ruimte die het Europees recht biedt om een legitiem onderscheid te maken. Andere door de Europese- en de Nederlandse wetgever vastgestelde prioriteringskaders, doelstellingen en verplichtingen zijn volgens appellanten ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Appellanten wijzen daarbij op Europese regelgeving zoals de Elektriciteitsrichtlijn, de Elektriciteitsverordening, de CER-richtlijn, de NIS2-richtlijn, de RED-richtlijn⁹ (Renewable Energy Directive), de EED-richtlijn¹⁰ (Energy Efficiency Directive), de Clean Vehicles Directive¹¹. Daarnaast noemen zij nationale regelgeving, zoals onder andere de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen, het Besluit beveiliging netwerk- en informatiesystemen en de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames, artikel 22, derde lid, van de Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit, artikel 9.43, vierde lid, van de Netcode, en artikel 7.13, zevende lid, van de Netcode (ook wel codebesluit niet gebruikte transportrechten, GOTORK). Verder wijzen appellanten op in Europees en nationaal verband gemaakte afspraken en werkwijzen zoals het Klimaatakkoord¹², de Europese Green Deal, Zero-Emissie doelstellingen, het overzicht van vitale processen/infrastructuur van de National Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV) en de uitwerking van de Verordening Gasleveringszekerheid door de Nederlandse wetgever in het Bescherm en Herstelplan Gas.

5.7 Appellanten bestrijden daarnaast de invulling die de ACM in het prioriteringskader geeft aan de categorie 'essentiële sociale dienst' uit de Verordening Gasleveringszekerheid door zich te beperken tot functies die direct te koppelen zijn aan diensten in verband met gezondheidszorg, essentiële sociale zorg, noodhulp, veiligheid, onderwijs- of openbaar bestuur. Appellanten hebben aan de hand van sectorspecifieke argumenten, regelgeving en concrete voorbeelden uit hun bedrijfsvoering uitgebreid betoogd waarom de voor hen relevante functies – telecom, openbaar vervoer, datacenters, afvalbeheer dan wel stedelijk transport – van groot maatschappelijk belang zijn en daarom moeten worden opgenomen in categorie 2 (veiligheid), dan wel categorie 3 (basisbehoefte) van het prioriteringskader. Zij betogen dat de maatschappelijke gevolgen groot zullen zijn als zij niet in aanmerking komen voor voorrang in de wachtrij bij verzoeken om transport van elektriciteit.

5.8 Het prioriteringskader is volgens appellanten ontoereikend gemotiveerd en in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Functies onjuist afgebakend

5.9 De LHV e.a. voeren aan dat de gehanteerde afbakening van de in categorie 2 (veiligheid) van het prioriteringskader opgenomen functie 'acute zorg' onjuist is en ten onrechte huisartsenzorg anders dan in huisartsenposten uitsluit.

Als subfunctie van 'acute zorg' is in het prioriteringskader opgenomen: traumacentra / medisch specialistische acute zorg / regionale ambulancevoorzieningen / huisartsenzorg in huisartsenposten / gemeentelijke gezondheidsdiensten / uitbestede taken van gemeentelijke gezondheidsdiensten / acute geestelijke gezondheidszorg / apotheken die in de avond, nacht en op zondag farmaceutische zorg aanbieden. De LHV e.a. betogen dat met deze afbakening niet is onderkend dat huisartsenzorg overdag in huisartsenpraktijken ook valt onder 'acute zorg'. De huisarts is 24/7 gehouden tot het leveren van zorg, dient in alle gevallen bereikbaar te zijn en speelt een belangrijke rol als poortwachter. De LHV e.a. wijzen op artikel 3a van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en het Uitvoeringsbesluit Wkkgz, waarin huisartsen expliciet zijn aangewezen als aanbieders van acute zorg.

De ACM baseert zich voor het gemaakte onderscheid volgens de LHV e.a. ten onrechte op artikel 8a.5 van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. De ACM verbindt hieraan een onjuiste conclusie en miskent de rol van de huisartsen bij het verlenen van acute zorg. De LHV e.a. verwijzen in dit verband naar het regionaal overleg acute zorgketen waartoe de huisartsen behoren en de verplichting van de huisartsen in het kader van rampenbestrijding en crisisbeheersing. De ACM dient voor de afbakening van 'acute zorg' dan ook aansluiting te zoeken bij wat is bepaald in de paragraaf Regionaal overleg acute zorgketen in de Uitvoeringsregeling Wkkgz (paragraaf 3.1, artikelen 8a t/m 8f).

5.10 De Vereniging Afvalbedrijven en de NVRD betogen dat de ACM ten onrechte afvalbeheer niet heeft opgenomen in categorie 2 (veiligheid) terwijl afvalwaterzuivering wel is aangemerkt als functie waarvoor prioritering geldt.

Beoordeling door het College

- 6.1 Het College merkt vooraf het volgende op. De Vereniging Afvalbedrijven en de NVRD hebben het College geen toestemming verleend om mede op grondslag van (een deel van) de vertrouwelijk aan het College overgelegde (passages uit) stukken uitspraak te doen. Gelet daarop is het College in de zaken van deze beide appellanten tot een beslissing gekomen zonder kennis te nemen van de betreffende stukken. Pas daarna heeft het College, gelet op de wel gegeven toestemming van de overige appellanten, ook kennis genomen van de vertrouwelijke (passages in de) stukken en is het ook in die zaken tot een beslissing gekomen.
- 6.2 Hierna bespreekt het College onder 6.3-6.15 en verder eerst de meest verstrekkende beroepsgrond van appellanten, dat de ACM het prioriteringskader ontoereikend heeft gemotiveerd door zich uitsluitend te baseren op de (uitgangspunten in de) Verordening Gasleveringszekerheid. Vervolgens komt het College onder 6.16-6.17 en verder toe aan de beroepsgronden van de LHV e.a. en de Vereniging Afvalbedrijven en de NVRD over de onjuiste, want volgens hen te beperkte, afbakening van de hen betreffende functies.

Mag het prioriteringskader uitsluitend worden gebaseerd op de Verordening Gasleveringszekerheid?

- 6.3 Het toepasselijke wettelijke kader is opgenomen in een bijlage bij deze uitspraak.
- 6.4 Volgens de rechtspraak van het College (bijvoorbeeld de uitspraak van 17 september 2024, ECLI:NL:CBB:2024:642) geldt bij de beoordeling door de rechter van besluiten als deze niet als criterium wat de meest gewenste inhoud daarvan zou zijn, maar of de bij de vaststelling daarvan door de ACM gemaakte keuzes zich verdragen met dat wat voortvloeit uit hogere algemeen verbindende regelingen en de algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij moet de ACM bij dit besluit de belangen in acht nemen die zijn genoemd in artikel 36, eerste lid, van de Elektriciteitswet, zoals (onder b) onder meer het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening.
- Verder moet de rechter (ook) bij de beoordeling van besluiten als deze in aanmerking nemen dat de ACM bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen moet vergaren (artikel 3:2 van de Awb). Ook moet haar besluit berusten op een deugdelijke motivering (artikel 3:46 van de Awb).
- 6.5 Zoals het College onder 3.3 heeft overwogen, is de ACM op grond van artikel 32, tweede lid, van de Elektriciteitswet bevoegd zelfstandig een prioriteringskader vast te stellen. Zoals de ACM terecht heeft vastgesteld, is er op dit moment geen concrete (Europese of nationale) wet- of regelgeving over de (wijze van) verdeling van (schaarse) transportcapaciteit voor elektriciteit. De ACM is dus binnen de grenzen van het recht vrij de haar in de Elektriciteitswet toegekende bevoegdheid te gebruiken om daarover regels te stellen in de Netcode.
- 6.6 De ACM heeft het wenselijk geacht om bij schaarste van transportcapaciteit voor elektriciteit partijen met een groot maatschappelijk belang voorrang te geven. Met haar prioriteringskader maakt de ACM onderscheid tussen verschillende functies naar gelang hun maatschappelijke betekenis. Daarbij heeft de ACM terecht rekening gehouden met het beginsel van non-discriminatie. Dit beginsel, dat (ook) is neergelegd in artikel 24, derde lid, van de Elektriciteitswet, brengt mee dat partijen die verzoeken om transport van elektriciteit doen niet ongelijk mogen worden behandeld, tenzij het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Dit laatste is volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie¹³ het geval als het verschil in behandeling berust op een objectief en redelijk criterium, namelijk wanneer het verband houdt met een door de betrokken wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel (legitiem doel), en dit doel in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel.
- 6.7 De ACM heeft in dit geval het legitiem doel van haar prioriteringskader en de daaruit voortvloeiende differentiatie in categorieën afgeleid uit een onderscheid dat wordt gemaakt in de Verordening Gasleveringszekerheid. De ACM heeft vastgesteld dat de Verordening Gasleveringszekerheid extra bescherming toekent aan kwetsbare partijen en partijen die essentiële sociale diensten verlenen vanuit een maatschappelijk oogpunt. Dit heeft de ACM gebruikt als grondslag voor de categorieën 2 (veiligheid) waarbij het algemeen (veiligheids)belang centraal staat en 3 (basisbehoeften) waarbij het gaat over individuele belangen. Voor de invulling van deze categorieën heeft de ACM aanknopingspunten gevonden in respectievelijk de definitie van 'essentiële sociale dienst' (artikel 2, vierde lid, van de Verordening Gasleveringszekerheid) en de omschrijving van de categorie partijen die bescherming nodig hebben (artikel 2, vijfde en zesde lid, van de Verordening Gasleveringszekerheid). De ACM heeft zich hierop gebaseerd omdat de Europese wetgever in de Verordening Gasleveringszekerheid toestaat dat bepaalde partijen op basis van criteria van maatschappelijk belang verschillend mogen worden behandeld ten aanzien van het

recht op toegang tot gasnetten, als sprake is van schaarste. Omdat ook het prioriteringskader bedoeld is om bij schaarste te komen tot een verdeling (van energie) op basis van maatschappelijke belangen, heeft de ACM hierin een legitiem doel gezien. In aansluiting daarop heeft de ACM de uitgangspunten die de Verordening Gasleveringszekerheid hanteert aangehouden bij de nadere invulling van (de categorieën van) het prioriteringskader.

- 6.8 Tegen de onderverdeling in de drie categorieën en de rangorde daartussen hebben appellanten geen beroepsgronden gericht. Appellanten kunnen zich echter niet vinden in de keuze voor de Verordening Gasleveringszekerheid als exclusief uitgangspunt voor het prioriteringskader. Zij hebben er op gewezen dat de achtergrond en het doel van de Verordening Gasleveringszekerheid een andere is dan hier aan de orde. Uit de considerans volgt namelijk dat met de Verordening Gasleveringszekerheid wordt beoogd een ononderbroken gaslevering in de gehele Europese Unie veilig te stellen, met name voor beschermde afnemers in het geval van moeilijke weersomstandigheden of verstoring van de gaslevering. Met een coöperatieve aanpak onder de lidstaten wordt beoogd negatieve effecten voor de kwetsbaarste lidstaten aanzienlijk te beperken. De solidariteitsgedachte tussen lidstaten staat bij de Verordening Gasleveringszekerheid centraal. Het prioriteringskader dat de ACM wil vaststellen ziet echter op de situatie van structurele netcongestie in Nederland, waarbij bepaalde functies wegens grote maatschappelijke betekenis voorrang wordt gegeven. Ook het gegeven dat de Verordening Gasleveringszekerheid is gericht op de levering van gas, terwijl het prioriteringskader het transport van elektriciteit betreft, maakt dat de Verordening Gasleveringszekerheid en de daarin gehanteerde uitgangspunten niet zonder meer toepasbaar zijn op de situatie van de structurele netcongestie op het elektriciteitsnet in Nederland. Het enkele feit dat bepaalde functies die minder of niet afhankelijk zijn van gas, zoals bijvoorbeeld de functies van appellanten – telecom, openbaar vervoer, afvalbeheer, datacenters, stedelijk transport – niet als functie of categorie zijn genoemd in de Verordening Gasleveringszekerheid, kan daarom geen reden vormen om ze al daarom uit te sluiten van het prioriteringskader voor transport van elektriciteit.
- 6.9 Het College begrijpt dat de ACM bij het vaststellen van het prioriteringskader inspiratie heeft gezocht in de uitgangspunten van de Verordening Gasleveringszekerheid, maar dat ontslaat haar, gelet op de in 6.8 genoemde beperkingen van de Verordening Gasleveringszekerheid, niet van de verplichting om het verschil in behandeling van elektriciteitsafnemers zelfstandig objectief te rechtvaardigen. Het is aan de ACM om bij de toepassing van de bevoegdheid tot prioritering de categorie of categorieën die zij van groot maatschappelijk belang acht en die daarom legitiem voor prioritering in aanmerking komen, zelfstandig af te bakenen en die keuze deugdelijk te motiveren. Het (in artikel 24, vierde lid, van de Elektriciteitswet neergelegde) non-discriminatiebeginsel dwingt niet tot de door de ACM gehanteerde beperkte aanpak. Het College wijst er daarbij nog op dat de Europese Commissie op 5 maart 2024, in antwoord op vragen van de ACM, heeft opgemerkt dat onder meer de NIS2- en CER-Richtlijn ook relevant kunnen zijn bij het vaststellen van een prioriteitskader. Niet alleen valt een eigen zelfstandige keuze voor een prioriteringskader binnen de bevoegdheid van de ACM, het past ook bij haar publieke taak. Anders dan de ACM en de minister van Klimaat en Groene Groei kennelijk veronderstellen, staan het arrest van het Hof van Justitie van 2 september 2021 betreffende de inbreukprocedure van de Europese Commissie tegen de Bondsrepubliek Duitsland (ECLI:EU:C:2021:662) en de uitspraak van het College van 20 juni 2023 (ECLI:NL:CBB:2023:297) er niet aan in de weg dat de ACM de minister van Klimaat en Groene Groei daarbij om advies vraagt.
- 6.10 Appellanten hebben dan ook, gelet op wat hiervoor in 6.8 en 6.9 is overwogen, terecht gewezen op diverse andere door de Europese- en nationale wetgever vastgestelde prioriteringskaders, doelstellingen en verplichtingen (genoemd in 5.6), die de ACM vanwege de gekozen invalshoek slechts beperkt heeft betrokken bij de invulling van het kader. Hetzelfde geldt voor de informatie die de ACM in de aanloop naar dit besluit heeft opgehaald bij diverse (maatschappelijke) partijen en, in aansluiting daarop, diverse argumenten die in het kader van deze beroepsprocedure door verschillende partijen naar voren zijn gebracht. Het gaat dan bijvoorbeeld om functies die een wettelijke duurzaamheidsverplichting of taakstelling opgelegd hebben gekregen en wegens hun maatschappelijke belang (ook) voor prioritering in aanmerking zouden moeten komen en om het betoog dat bepaalde (ondersteunende) functies noodzakelijk zijn voor de uitoefening van publieke taken en daarom ook moeten worden geprioriteerd.
- 6.11 In dat verband geldt dat ook het strikte standpunt van de ACM dat bij aanwijzing van functies per definitie geen rekening wordt gehouden met keteneffecten, naar het oordeel van het College onvoldoende is gemotiveerd. Denkbaar is immers dat bepaalde voorzieningen in zodanig nauw verband staan met in het prioriteringskader aangewezen functies dat deze zonder die voorziening niet kunnen functioneren. Als sprake is van een dergelijk keteneffect, valt niet in te zien waarom de prioritering zich niet daartoe zou kunnen uitstrekken. Het College wijst er in dat verband op dat bij de functie woonbehoefte collectieve voorzieningen die 'direct zijn gekoppeld' aan de woonbehoefte en andere kleinschalige, onlosmakelijk verbonden activiteiten, ook onder de functie woonbehoefte zijn geschaard. Zonder nadere motivering valt

niet in te zien waarom een dergelijke 'directe koppeling' ook niet ten aanzien van andere functies mogelijk en wenselijk is. Het College begrijpt enerzijds wel het standpunt van de ACM dat er bij keteneffecten voor gewaakt moet worden dat capaciteitsverlening of -uitbreiding bij congestie niet tegelijkertijd wordt benut om niet-geprioriteerde functies te voorzien, maar ziet zonder nadere motivering van de ACM niet in waarom er steeds beletselen zouden bestaan om een waarborg van die strekking in het prioriteringskader op te nemen.

6.12 Bij haar besluitvorming heeft de ACM verder de feitelijke situatie met betrekking tot de netcongestie in Nederland onvoldoende betrokken. Op de zitting is van de kant van de netbeheerders aangegeven dat Nederland nog zeker tien jaar te maken zal hebben met structurele netcongestie. In welke mate en waar in Nederland sprake is van netcongestie, fluctueert. Naast netverzwaring wordt met diverse andere maatregelen getracht transportcapaciteit vrij te spelen. De problematiek is dus niet statisch maar dynamisch. Het prioriteringskader moet voldoende flexibel en slagvaardig zijn om daarop te kunnen inspelen. Het College geeft de ACM tegen die achtergrond in overweging om te onderzoeken welke mogelijkheden er, naast de al opgenomen verplichting om de situatie te monitoren, bestaan om een voorziening in de Netcode op te nemen, die het voor de ACM mogelijk maakt om – bijvoorbeeld vooruitlopend op een definitieve wijziging van de Netcode – in bijzondere gevallen een functie of een partij toe te voegen die (nog) niet in het prioriteringskader is opgenomen.

6.13 Naar het oordeel van het College heeft de ACM wél terecht als uitgangspunt genomen dat een te ruime invulling van functies in het prioriteringskader de werking daarvan teniet doet. Als aan veel transportverzoeken voorrang wordt verleend, zal het effect van deze prioritering immers verloren gaan. Het oordeel van het College dat de motivering van het prioriteringskader tekort schiet, betekent dan ook op zichzelf nog niet dat de categorieën moeten worden uitgebreid met de functie van sommige of alle appellanten.

Verder moet in aanmerking worden genomen dat het prioriteringskader geen einde maakt aan de problemen die netcongestie met zich meebrengt. Met dit gegeven mag van degenen die verzoeken om (extra) transportcapaciteit worden verlangd dat zij onderzoeken of er mogelijkheden zijn om het tekort aan transportcapaciteit op een andere wijze het hoofd te bieden.

6.14 Uit het voorgaande volgt dat de ACM bij de vaststelling van het prioriteringskader ten onrechte alleen de Verordening Gasleveringszekerheid als uitgangspunt heeft genomen voor het onderscheid in categorieën en functies en daar ten onrechte geen zelfstandige, zorgvuldig gemotiveerde, afweging van alle betrokken belangen aan ten grondslag heeft gelegd. Zij heeft de haar ter beschikking staande andere bronnen op het gebied van regelgeving en beleid en standpunten van partijen ten onrechte niet bij haar afweging en motivering betrokken. Het prioriteringskader is dan ook in strijd met artikel 3:46 en artikel 3:2 van de Awb onzorgvuldig voorbereid en niet voldoende gemotiveerd. De beroepen van de overige appellanten zijn gegrond en het prioriteringskader zal worden vernietigd. De ACM zal, indien zij dat noodzakelijk vindt voor een goede verdeling van de schaarse transportcapaciteit van elektriciteit, een nieuw prioriteringskader moeten vaststellen. Daarbij moet de ACM opnieuw de uniforme openbare voorbereidingsprocedure doorlopen. Bij de nadere besluitvorming dient de ACM de onder 6.9-6.13 door het College genoemde aandachtspunten te betrekken.

6.15 Het College verwacht dat de ACM naar aanleiding van deze uitspraak een nieuw prioriteringskader zal (willen) vaststellen. Met het oog op een effectieve behandeling van het geschil zal het College daarom ook de andere beroepsgronden van de LHV e.a. en de Vereniging van afvalbedrijven en de NVRD over de volgens hen te strikte afbakening van bepaalde functies bespreken.

Is sprake van een onjuiste afbakening van functies?

6.16 De LHV e.a. betogen dat de functie 'acute zorg' in categorie 2 (veiligheid) onjuist is afgebakend. Huisartsenzorg anders dan in huisartsenposten is volgens de LHV e.a. ten onrechte uitgesloten, terwijl huisartsen fungeren als poortwachter en gehouden zijn 24/7 zorg te leveren.

Dit betoog slaagt niet. Zoals op de zitting door de ACM is toegelicht zal een huisartsenpraktijk over het algemeen een zogenaemde kleinverbruiker zijn, voor wie geen beperkingen gelden bij transportverzoeken. Dit prioriteringskader geldt ook niet voor kleinverbruikers. In zoverre zullen huisartsenpraktijken hiermee niet te maken krijgen. Als het de vestiging van een nieuwe huisartsenpraktijk in een nieuw te bouwen woonwijk betreft, dan is bovendien voorzien in prioritering daarvan over de band van categorie 3 (basisbehoeften), onder 'woonbehoefte'. De ACM heeft op de zitting erop gewezen dat een huisartsenpraktijk in dat geval aangemerkt wordt als 'collectieve voorziening' die onderdeel is van de functie woonbehoefte.

Gelet hierop is naar het oordeel van het College geen aanleiding voor de conclusie dat in dit verband in het prioriteringskader sprake is van een te beperkte afbakening van 'acute zorg'.

6.17 Voor zover de Vereniging Afvalbedrijven en de NVRD ook hebben beoogd te betogen dat sprake is van een onjuiste afbakening van de functies in categorie 2 omdat afvalwaterzuivering wel is opgenomen (onder de functie waterbeheer) en de inzameling en behandeling van vaste afvalstoffen niet, volgt het College hen hierin niet. Van een dusdanige verwevenheid tussen waterbeheer en afvalbeheer dat de ACM deze functies niet kan scheiden bij de afweging deze al dan niet te prioriteren is naar het oordeel van het College geen sprake.

Conclusie

7.1 Uit wat onder 4.8 is overwogen, volgt dat het beroep van Equinix niet-ontvankelijk is. De beroepen van de overige appellanten zijn gegrond, omdat het prioriteringskader in strijd met artikel 3:46 en artikel 3:2 van de Awb is genomen. Het College vernietigt daarom het prioriteringskader. De ACM zal, indien zij dat noodzakelijk vindt, opnieuw een prioriteringskader moeten vaststellen. Daarbij moet de ACM opnieuw de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb doorlopen.

Voorlopige voorziening tot (uiterlijk) 1 januari 2026

7.2 Als gevolg van de vernietiging zou zonder verder ingrijpen van het College in het geheel geen prioriteringskader meer gelden. Omdat geen van de partijen dat heeft bepleit, de bevoegdheid van de ACM om een prioriteringskader op te stellen vaststaat en de ACM naar het oordeel van het College beschikt over de nodige beleidsruimte, zou dat naar het oordeel van het College een te verstrekkend gevolg van de uitspraak zijn.

Het College ziet echter geen mogelijkheid het geschil zelf definitief te beslechten. Een tussenuitspraak (bestuurlijke lus) is naar zijn oordeel, gelet op de mogelijkheid dat belangen van andere partijen dan appellanten betrokken zullen zijn bij de (nadere) besluitvorming, niet aangewezen.

Alles overwegende, acht het College het nodig om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb te treffen die ertoe strekt dat het prioriteringskader, in afwachting van nieuwe besluitvorming, tot uiterlijk 1 januari 2026 zal blijven gelden. Omdat de ACM op de zitting heeft verklaard dat zij van plan is het prioriteringskader na de uitspraak in deze zaken aldus te wijzigen dat de functie van openbare drinkwatervoorziening onder categorie 2 komt te vallen, zal de te treffen voorlopige voorziening ook die wijziging omvatten.

Proceskosten

8.1 Aan Equinix hoeft de ACM geen proceskosten te vergoeden.

8.2 Het College veroordeelt de ACM in de door de overige appellanten gemaakte proceskosten voor door een derde verleende rechtsbijstand. De hoogte van de te vergoeden proceskosten wordt, voor zover nodig in afwijking van de artikelen 2, eerste lid, en 3, eerste lid, van het Besluit proceskosten bestuursrecht, als volgt vastgesteld: 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 0,5 punt voor het indienen van de repliek en 2 punten voor het verschijnen op de zitting (vanwege de duur van twee dagen), met een waarde per punt van € 907,- en wegingsfactor 1. Dit betekent voor VodafoneZiggo, KPN, ProRail, VEWIN, LHV e.a., de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA e.a., HTM e.a., de NVRD en de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu een bedrag van ieder in totaal € 3.174,50 en voor NS Reizigers die geen repliek heeft ingediend, een bedrag van in totaal € 2.721,-. Ten aanzien van TLN en DDA is niet gebleken van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen.

Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep van Equinix niet-ontvankelijk;

- verklaart de beroepen van VodafoneZiggo, KPN, ProRail, VEWIN, de LHV e.a., de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA e.a., HTM e.a., de NVRD, NS Reizigers, DDA, de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu en TLN gegrond;
- vernietigt het besluit van de ACM van 12 april 2024, zoals gewijzigd bij besluit van 26 september 2024 (Staatscourant 2024, nr. 31151) en bij besluit van 14 november 2024 (Staatscourant 2024, nr. 38044);
- treft de voorlopige voorziening dat wat in het vernietigde besluit is bepaald blijft gelden – met dien verstande dat de functie ‘openbare drinkwatervoorziening’ wordt verplaatst naar tabel 2 (categorie 2 ‘veiligheid’) – tot uiterlijk 1 januari 2026, of zoveel eerder als de ACM een nieuw besluit heeft vastgesteld met inachtneming van deze uitspraak;
- veroordeelt de ACM in de proceskosten van appellanten voor door hen gemaakte proceskosten in verband met de behandeling van hun beroep tot een bedrag van € 3.174,50 aan VodafoneZiggo, KPN, ProRail, VEWIN, de LHV e.a., de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA e.a., HTM e.a., de NVRD en de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu, en een bedrag van € 2.721,- aan NS Reizigers;
- draagt de ACM op het betaalde griffierecht van € 371,- te vergoeden aan VodafoneZiggo, KPN, ProRail, VEWIN, de LHV e.a., de Vereniging Afvalbedrijven, DOVA e.a., HTM e.a., de NVRD, NS Reizigers, DDA, de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de staatssecretaris Openbaar vervoer en Milieu en TLN.

Deze uitspraak is gedaan door mr. D. Brugman, mr. J.H. de Wildt en mr. M. van Duuren, in aanwezigheid van mr. Y.R. Boonstra-van Herwijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 11 maart 2025.

w..g. D. Brugman w.g. Y.R. Boonstra-van Herwijnen

Bijlage wettelijk kader

Elektriciteitsrichtlijn (EU) 2019/944

Artikel 6 Toegang van derden

1. De lidstaten dragen zorg voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transmissie- en distributiesystemen, gebaseerd op bekendgemaakte tarieven die voor alle afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen systeemgebruikers. De lidstaten zorgen ervoor dat deze tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methoden voorafgaand aan hun toepassing worden goedgekeurd overeenkomstig artikel 59 en dat deze tarieven en, wanneer alleen de methoden zijn goedgekeurd, de methoden worden bekendgemaakt voordat zij in werking treden.

[...]

Artikel 59 Taken en bevoegdheden van de regulerende instanties

[...]

7. Behalve in gevallen waarin ACER bevoegd is om de voorwaarden of methoden voor de tenuitvoerlegging van de netcodes en richtsnoeren uit hoofde van hoofdstuk VII van Verordening (EU) 2019/943 op grond van artikel 5, lid 2, van Verordening (EU) 2019/942 vanwege hun gecoördineerde karakter vast te stellen of goed te

keuren, zijn de regulerende instanties bevoegd voor de vaststelling of de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de nationale methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake:

- a) de aansluiting op en toegang tot nationale netten, inclusief de transmissie- en distributietarieven of de methoden daarvoor; die tarieven of methoden maken het mogelijk dat de noodzakelijke investeringen in de netten op een zodanige wijze worden uitgevoerd dat deze investeringen de levensvatbaarheid van de netten kunnen waarborgen;
- b) de verstrekking van ondersteunende diensten, die zo economisch mogelijk worden uitgevoerd en passende stimuleringsmaatregelen bieden voor netwerkgebruikers om hun input en output op elkaar af te stemmen; dergelijke ondersteunende diensten worden op billijke en niet-discriminerende wijze verstrekt en zijn gebaseerd op objectieve criteria, en
- c) toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur, inclusief de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer.

Elektriciteitswet 1998

Artikel 24

1. De netbeheerder is verplicht aan degene die daarom verzoekt 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 een tarief en tegen andere voorwaarden die in overeenstemming zijn met de paragrafen 5 en 6 van dit hoofdstuk.
2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet voor zover de netbeheerder voor het gevraagde transport redelijkerwijs geen capaciteit ter beschikking heeft. Een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de vorige volzin is met redenen omkleed. De netbeheerder verschaft degene aan wie transport is geweigerd desgevraagd en ten hoogste tegen kostprijs de relevante gegevens over de maatregelen die nodig zijn om het net te versterken. Indien ten aanzien van duurzame elektriciteit een weigering transport uit te voeren als bedoeld in de eerste volzin plaatsvindt, meldt de netbeheerder dit aan de Autoriteit Consument en Markt, waarbij de netbeheerder aangeeft welke maatregelen worden genomen om toekomstige weigeringen te voorkomen.
3. De netbeheerder onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt.

Artikel 32

1. De netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, de netbeheerder van het net op zee of ten minste een derde van het aantal overige netbeheerders kan de gezamenlijke netbeheerders verzoeken een voorstel te doen tot wijziging van de tariefstructuren of de voorwaarden, bedoeld in de artikelen 27 en 31, onder opgave van de redenen die naar zijn oordeel een dergelijke wijziging noodzakelijk maken.
2. Indien naar haar oordeel wijziging van de tariefstructuren of de voorwaarden, bedoeld in de artikelen 27 en 31, noodzakelijk is, zendt de Autoriteit Consument en Markt een ontwerp van een besluit tot wijziging van de tariefstructuren of de voorwaarden aan de gezamenlijke netbeheerders en de representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt.
3. In een voorstel of een ontwerp van een besluit tot wijziging van de tariefstructuren of de voorwaarden worden die onderdelen, bedoeld in artikel 27 of 31, opgenomen waarvan wijziging wordt verzocht.

Artikel 36

1. De Autoriteit Consument en Markt stelt de tariefstructuren en voorwaarden vast met inachtneming van:
 - a. het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders als bedoeld in artikel 27, 31 of 32 en de resultaten van het overleg, bedoeld in artikel 33, eerste lid,
 - b. het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening,

- c. het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt,
 - d. het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van afnemers
 - e. het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders,
 - f. het belang van een objectieve, transparante en niet discriminatoire handhaving van de energiebalans op een wijze die de kosten weerspiegelt,
 - g. de in artikel 26b bedoelde regels,
 - h. hetgeen is gesteld bij of krachtens verordening 2019/943 en de richtlijn en
 - i. artikel 15 van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG (PbEU 2012, L 315).
- [...]

Netcode elektriciteit

Hoofdstuk 7. Transportvoorwaarden

§ 7.1. Het recht op transport

Artikel 7.0a

1. De netbeheerder geeft onder de in artikel 7.0b, eerste lid, onderdeel a, bedoelde omstandigheden alleen prioriteit bij de toekenning van transportcapaciteit indien:

- a. een partij om prioriteit verzoekt; en
- b. de partij die om prioriteit verzoekt voldoet aan de vereisten uit het tweede lid, onderdeel a, of het tweede lid, onderdeel b.

2. De netbeheerder geeft een verzoek als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, alleen prioriteit:

a. voor de functie genoemd in tabel 1, van bijlage 22:

1°. indien de netbeheerder vaststelt dat de verzoekende partij een congestie-verzachter is overeenkomstig de omschrijving in tabel 1 van bijlage 22; en

2°. indien de verzoeker contractuele afspraken heeft gemaakt met de netbeheerder waarin is vastgelegd dat hij zich zal gedragen als congestie-verzachter als bedoeld in de omschrijving in tabel 1, van bijlage 22;

b. voor de (sub)functie genoemd in tabel 2 of tabel 3 van bijlage 22:

1°. indien de verzoekende partij aangeeft dat hij een (sub)functie overeenkomstig de omschrijving in tabel 2 of tabel 3, van bijlage 22 uitoefent;

2°. indien de verzoekende partij de in tabel 4, van bijlage 22, genoemde bewijsstukken heeft overgelegd aan de netbeheerder; en

3°. indien de gevraagde transportcapaciteit alleen wordt gebruikt voor de afname van elektriciteit.

3. De in tabel 4, van bijlage 22 bedoelde bestuursverklaring bevat:

a. een deugdelijke motivering waaruit blijkt dat de gevraagde transportcapaciteit noodzakelijk is voor de taken in de omschrijving zoals opgenomen per (sub)functie in tabel 2 of tabel 3, van bijlage 22;

b. een deugdelijke motivering waaruit blijkt dat de gevraagde transportcapaciteit noodzakelijk is om te starten met de activiteiten of taken als bedoeld in tabel 2 of tabel 3, van bijlage 22, en niet kan starten zonder de gevraagde transportcapaciteit;

c. een deugdelijke motivering waaruit blijkt dat de activiteit op korte termijn, na toekenning van de gevraagde transportcapaciteit en, voor zover van toepassing, na de realisatie van de aansluiting, zal starten;

d. een verklaring dat de bewijsstukken als bedoeld in tabel 4, van bijlage 22, compleet zijn;

- e. een verklaring dat de bestuursverklaring naar waarheid is ingevuld; en
- f. instemming dat de met prioriteit toegekende transportcapaciteit wordt afgenomen indien de verklaring niet naar waarheid is ingevuld en/of indien er sprake is van vervalsing van de bewijsstukken genoemd in tabel 4, van bijlage 22.

4. In aanvulling op het derde lid, bevat de in tabel 4, van bijlage 22, bedoelde bestuursverklaring voor de functie woonbehoefte als bedoeld in tabel 3, van bijlage 22:

- a. indien er sprake is van kleinschalige andere activiteiten bij de woonfunctie, een deugdelijke motivering dat de kleinschalige andere activiteiten nodig zijn om de woonfunctie te realiseren; en/of
- b. indien er sprake is van collectieve voorzieningen waarvoor een aansluiting met een totale doorlaatwaarde van groter dan 3x35A nodig is, een deugdelijke motivering dat de collectieve voorziening en de daaraan gekoppelde aansluiting nodig is.

5. De netbeheerder stelt na ontvangst van een verzoek als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, en in overleg met de verzoekende partij als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vast of de partij kwalificeert als congestie-verzachter als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, en informeert de verzoekende partij daar schriftelijk over.

6. De netbeheerder toetst binnen twintig werkdagen na ontvangst van het verzoek, als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, of de verzoekende partij voldoet aan de vereisten uit het tweede lid, onderdeel b.

7. De netbeheerder informeert een verzoekende partij als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, schriftelijk of het verzoek voldoet aan de vereisten uit het tweede lid, onderdeel b.

8. Indien de netbeheerder in zijn verzorgingsgebied per kwartaal bij meer dan 25% van het totaal aantal transportverzoeken zoals bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 een prioriteringsverzoek, als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, ontvangt, meldt hij dit aan de Autoriteit Consument en Markt. De netbeheerder kan daarop in afstemming met de Autoriteit Consument en Markt besluiten:

- a. om de toekenning van prioriteit tijdelijk te staken;
- b. hoe tijdens de periode van staking wordt omgegaan met het toekennen van transportcapaciteit; en
- c. hoe na een periode van staking, als bedoeld in onderdeel a, de werkwijze waarbij prioriteit wordt toegekend weer wordt gestart.

9. Indien sprake is van een staking als bedoeld in het achtste lid, onderdeel a, vermeldt de netbeheerder de reden voor het staken en de duur daarvan op de website als bedoeld in artikel 9.8.

Artikel 7.0b

1. De netbeheerder hanteert voor het doen van een aanbod voor het uitvoeren van transport als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998:

- a. indien het transportverzoek betrekking heeft op gebieden als bedoeld in artikel 9.9, eerste lid, de volgorde van prioriteit als bedoeld in het derde lid; of
- b. indien het transportverzoek betrekking heeft op andere gebieden, de volgorde op basis van binnenkomst.

2. Indien een aanvrager op basis van artikel 9.6, derde lid, zijn verzoek om het doen van een aanbod voor het uitvoeren van transport wijzigt, blijft zijn initiële plaats bij de volgorde als bedoeld in het eerste lid behouden.

3. De netbeheerder bepaalt de volgorde van prioriteit, als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, als volgt:

- a. verzoeken uit tabel 1 van bijlage 22, aan wie op grond van artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel a, door de netbeheerder prioriteit is toegekend hebben de hoogste prioriteit;
- b. verzoeken uit tabel 2 van bijlage 22, aan wie op grond van artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel b, door de netbeheerder prioriteit is toegekend hebben de op één na hoogste prioriteit;

c. verzoeken uit tabel 3 van bijlage 22, aan wie op grond van artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel b, door de netbeheerder prioriteit is toegekend hebben de op twee na hoogste prioriteit;

d. verzoeken van partijen zonder toegekende prioriteit krijgen geen prioriteit.

4. Voor partijen als bedoeld in het derde lid, geldt dat de netbeheerder bij het doen van een aanbod voor het uitvoeren van transport als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 de volgorde van de in dat lid genoemde onderdelen hanteert en per onderdeel de volgorde van het moment van binnenkomst van het transportverzoek.

5. Voordat de netbeheerder een partij of meerdere partijen op basis van de volgorde als bedoeld in het derde en vierde lid, een aanbod voor het uitvoeren van transport als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 doet, toetst de netbeheerder in lijn met artikel 7.0a, zesde lid, eerst alle verzoeken als bedoeld in artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel b, die de netbeheerder heeft ontvangen tot de dag voorafgaand aan het vrijkomen van transportcapaciteit.

Artikel 7.0c

1. Indien de netbeheerder op grond van artikel 7.0b, derde lid, onderdeel a, prioriteit heeft gegeven aan een partij als bedoeld in artikel 7.0a, eerste lid, onderdeel a, en deze partij de met de netbeheerder gemaakte contractuele afspraken als bedoeld in artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel a, vervolgens niet nakomt, neemt de netbeheerder de toegekende transportcapaciteit af.

2. Indien de netbeheerder op grond van artikel 7.0b, derde lid, onderdelen b en c, prioriteit heeft gegeven aan een partij als bedoeld in artikel 7.0a, eerste lid, onderdeel a, en vervolgens blijkt dat deze partij in strijd met artikel 7.0a, tweede lid, onderdeel b, onjuiste of frauduleuze bewijsstukken heeft overgelegd bij zijn prioriteringsverzoek, neemt de netbeheerder de toegekende transportcapaciteit af.

3. De netbeheerder stelt de partij van wie transportcapaciteit is afgenomen als bedoeld in het eerste en tweede lid, in staat om een nieuw verzoek tot het doen van een aanbod voor het uitvoeren van transport als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en een verzoek als bedoeld in artikel 7.0a, eerste lid, in te dienen.

4. De netbeheerder meldt afgenomen transportcapaciteit als bedoeld in het eerste en tweede lid binnen een maand na afname aan de Autoriteit Consument en Markt.

Artikel 7.0d

De netbeheerder rapporteert jaarlijks uiterlijk op 31 maart over het afgelopen kalenderjaar aan de Autoriteit Consument en Markt over zijn verzorgingsgebied:

a. afzonderlijk voor tabel 1 van bijlage 22 en per (sub)functie in tabel 2 en tabel 3, van bijlage 22:

1°. het aantal ontvangen prioriteringsverzoeken;

2°. het aantal toegewezen prioriteringsverzoeken;

3°. het totaal toegewezen transportvermogen; en

4°. het aantal afgewezen prioriteringsverzoeken.

b. het totaal aantal transportverzoeken als bedoeld in artikel 24, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 waarvoor de netbeheerder nog geen aanbod voor transportcapaciteit heeft gedaan; en

c. de doorlooptijden van de behandeling van prioriteringsverzoeken.

Artikel 9.6, vijfde lid Netcode (oud)

De netbeheerder handelt bij de uitvoering van dit artikel aanvragen als bedoeld in het eerste lid af in volgorde van binnenkomst. Wanneer een aanvrager op basis van het derde lid zijn verzoek om het doen van een aanbod voor het uitvoeren van transport wijzigt, blijft zijn initiële plaats bij de volgorde van behandeling behouden.

-
- 1 Overzicht en inzicht congestiemaatregelen ACM, gepubliceerd op de website van de ACM op 25 november 2024; <https://www.acm.nl/nl/publicaties/overzicht-en-inzicht-congestiemaatregelen-acm>.
 - 2 Verordening (EU) 2017/1938 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2017 betreffende maatregelen tot veiligstelling van de gasleveringszekerheid.
 - 3 Richtlijn (EU) 2022/2555 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging in de Unie.
 - 4 Richtlijn (EU) 2022/2557 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende de weerbaarheid van kritieke entiteiten.
 - 5 Arrest van het Hof van Justitie van 27 januari 2022, Fondul (ECLI:EU:C:2022:58).
 - 6 Verordening (EU) 2019/943 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de interne markt voor elektriciteit.
 - 7 Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit.
 - 8 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden van 25 juni 1998 (Verdrag van Aarhus).
 - 9 Richtlijn (EU) 2018/2001, Verordening (EU) 2018/1999 en Richtlijn 98/70/EG wat de bevordering van energie uit hernieuwbare bronnen betreft.
 - 10 Richtlijn (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2023 betreffende energie-efficiëntie.
 - 11 Richtlijn (EU) 2019/1161 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen.
 - 12 Kamerstukken II 2018/2019, 32 813, nr. 342.
 - 13 Arrest van het Hof van Justitie van 29 september 2016, Essent Belgium (ECLI:EU:C:2016:732), punt 80, arrest van het Hof van Justitie van 7 juni 2005, VEMW e.a. (ECLI:EU:C:2005:362) punt 48, arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (ECLI:EU:C:2008:728) punt 47.
-