

Zienswijze consultatie ontwerpbesluit tot wijziging Besluit beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Bbni)

- consultatieperiode: 7 februari 2020 – 6 maart 2020
- auteurs: Veii Jacobs / Patou Courtens / Jan Erik Janssen

Stek maakt hierbij graag gebruik van de mogelijkheid om een zienswijze te geven op het ontwerpbesluit tot wijziging van het Bbni (het **Consultatievoorstel**).

I. De aanwijzing van ‘elektriciteitsproducenten’ als aanbieders van een essentiële dienst (AED) in het Consultatievoorstel is te rechtsonzeker

In het Consultatievoorstel wordt *“Een producent als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 die een of meerdere productieinstallaties als bedoeld in dat lid beheert met een cumulatief vermogen van ten minste 100 MegaWatt”* aangewezen als een AED.

In de nota van toelichting bij het Consultatievoorstel wordt in dit kader opgemerkt dat de goede uitvoering van de taken door netbeheerders nauw samenhangt met de primaire productie van elektriciteit en de voorzieningen die producenten bieden in geval van (dreigende) verstoringen van de energiebalans en de algehele betrouwbaarheid van het energiesysteem. Dit is de reden om in het Consultatievoorstel een deel van de producenten die actief zijn op de Nederlandse markt onder het bereik van de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (**Wbni**) te brengen.¹

Bij de aanwijzing van ‘elektriciteitsproducenten’ als AED zijn, blijkens de nota van toelichting, een aantal keuzes gemaakt. Zo is gekozen voor brede definities en begrippen om zo de grote feitelijke verschillen (in rechtsvorm, grootte, bestaande samenwerkingsafspraken en het eigendom en beheer van de productie-installatie) tussen verschillende producenten te ondervangen. In de nota van toelichting wordt aangegeven dat dit zou voorkomen dat energieproducenten zich eventueel kunnen beroepen op feitelijke omstandigheden of juridische organisatievormen en zich daarmee aan hun zorg- en meldplicht op grond van de Wbni kunnen onttrekken.²

Hoewel wij de aanwijzing van elektriciteitsproducenten als AED in de context van de Wbni begrijpelijk achten, is de wijze waarop dit thans in artikel IA van het Consultatievoorstel, het nieuwe artikel 2 Bbni, is opgenomen naar onze mening te rechtsonzeker. Juist door het hanteren van brede definities en begrippen zoals ‘producent’³, ‘productie-installatie’⁴ en ‘beheer’⁵ kan er discussie ontstaan over de

¹ Nota van toelichting Consultatievoorstel, p. 9-10.

² Nota van toelichting Consultatievoorstel, p. 10.

³ In dit kader wordt in het Consultatievoorstel aangesloten bij de definitie van ‘producent’ in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel g van de Elektriciteitswet 1998 (**E-wet**) (*“een organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het opwekken van elektriciteit”*).

⁴ In dit kader wordt in het Consultatievoorstel aangesloten bij de definitie van ‘productie-installatie’ in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel ah van de E-wet (*“een installatie, bestaande uit één of meer productie-eenheden, voor de opwekking van elektriciteit”*).

vraag of een bedrijf nu wel of geen elektriciteitsproducent is in de zin van het Bbni. De nota van toelichting bij het Consultatievoorstel, is in dit kader te weinig verhelderend. Zo wordt op basis van het Consultatievoorstel en de bijbehorende nota van toelichting bijvoorbeeld niet duidelijk of een (meerderheids)aandeelhouder van een entiteit waarin de productie-installatie is ondergebracht, die de desbetreffende productie-installatie niet feitelijk 'beheert' maar strikt genomen vennootschapsrechtelijk wel invloed op het beheer kan uitoefenen, door middel van het Consultatievoorstel ook onder de reikwijdte van de Wbni wordt gebracht. Dit zou naar onze mening niet wenselijk zijn. Enkel de entiteit waarin de productie-installatie is ondergebracht heeft immers feitelijk van doen met de beschikbaarheid en integriteit van de voor de productie-installatie benodigde netwerk- en informatiesystemen. Bovendien roept dit de vraag op hoe ver men zou moeten 'doorkijken' naar de aandeelhouders van dergelijke entiteiten. Deze ambiguïteit, waarvoor blijkens de nota van toelichting bij het Consultatievoorstel bewust is gekozen, is naar onze mening ten aanzien van zoiets fundamenteels als de reikwijdte van de wet- en regelgeving onwenselijk en verstaat zich bovendien slecht met het rechtszekerheidsbeginsel.

Gelet hierop zou het goed zijn als het Consultatievoorstel op dit punt wordt verduidelijkt. Een alternatief voor de gekozen systematiek zou kunnen zijn om de specifieke elektriciteitsproducenten in het Bbni aan te wijzen. Door in het Consultatievoorstel te kiezen voor het opnemen van een criterium voor de schaal van de activiteiten van de elektriciteitsproducenten (de drempel is het beheren van een nominaal vermogen van 100 MegaWatt (MW)), lijkt dit een overzichtelijke exercitie. In de nota van toelichting bij het Consultatievoorstel wordt aangegeven dat volgens cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek circa vijftien bedrijven onder het bereik van de Wbni komen te vallen met een gezamenlijk vermogen van circa 20 GW.⁶ Deze bedrijven kunnen in het Bbni worden aangewezen als 'electriciteitsproducent', vergelijkbaar met de aanwijzing van specifieke bedrijven bij de categorie 'vervoer' in artikel 2 van het Bbni. Electriciteitsproducenten worden anders dan netbeheerders en kredietinstellingen niet op basis van wet- en regelgeving als zodanig aangewezen. Om die reden lijkt een specifieke aanwijzing in het Bbni, voor wat betreft de reikwijdte van de Wbni, dan ook passend.

II. Het gebrek aan concrete maatregelen c.q. voorschriften in de bijlage bij het nieuwe artikel 3a van het Bbni verdraagt zich slecht met de toezichts- en handhavinginstrumenten (en de toepassing daarvan) uit de Wbni

De maatregelen in de bijlage bij het nieuwe artikel 3a Bbni, die verder invulling geven aan artikel 7 en 8 van de Wbni (de verplichting om maatregelen te nemen ten aanzien van het beheersen van risico's, het voorkomen van incidenten en het mitigeren van de gevolgen van incidenten) zijn zo veel mogelijk abstract omschreven in de vorm van beheersdoelstellingen. De desbetreffende maatregelen zijn bovendien niet limitatief van aard en zouden, doordat zij passen binnen de bestaande internationale

⁵ In de nota van toelichting bij het Consultatievoorstel wordt aangegeven dat in het kader van het begrip 'beheer' wordt aangesloten bij artikel 86f, eerste lid van de E-Wet ("Iedere wijziging met betrekking tot zeggenschap als bedoeld in artikel 26 van de Mededingingswet in een productie-installatie met een nominaal elektrisch vermogen van meer dan 250 MW of een onderneming die een productie-installatie met een nominaal elektrisch vermogen van meer dan 250 MW beheert, wordt door één van de bij deze wijziging betrokken partijen gemeld aan Onze Minister") waarin wordt verwezen naar artikel 26 van de Mededingingswet ("Voor de toepassing van dit hoofdstuk wordt onder zeggenschap verstaan de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.").

⁶ Nota van toelichting Consultatievoorstel, p. 10.

normenkaders, voor veel organisaties herkenbaar zijn, aldus de nota van toelichting bij het Consultatievoorstel.⁷ Hoewel wij inzien dat het niet mogelijk is om een soort 'one size fits all'-maatregelenpakket in het Bbni op te nemen, vragen wij ons wel af hoe deze abstracte en niet-limitatieve maatregelen zich verhouden tot de toezichts- en handavingsinstrumenten en de inzet daarvan uit de Wbni. Deze systematiek staat naar onze mening op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel.

Op basis van de Wbni staan de bevoegde autoriteiten de volgende toezichts- en handavingsinstrumenten ter beschikking: de beveiligingsaudit (artikel 26 van de Wbni), de bindende aanwijzing (artikel 27 van de Wbni), de last onder bestuursdwang (artikel 28 van de Wbni) en de bestuurlijke boete (artikel 29 van de Wbni).

Met name in het kader van de bestuurlijke boete is het ontbreken van concrete maatregelen naar onze mening problematisch. De bestuurlijke boete kan oplopen tot maximaal één miljoen euro voor een overtreding van artikel 12 van de Wbni of van artikel 5:20, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht. Voor andere overtredingen van het bij of krachtens de Wbni bepaalde (waaronder dus ook een overtreding van artikel 7 of 8 van de Wbni juncto artikel 3a (en de bijlage) van het Bbni) kan een boete van ten hoogste vijf miljoen euro worden opgelegd.

In de praktijk zal het opleggen van een bestuurlijke boete wegens een overtreding van artikel 7 of 8 van de Wbni juncto artikel 3a (en de bijlage) van het Bbni naar verwachting gepaard gaan met de nodige discussie over wat, bij het ontbreken van een concreet voorschrift c.q. een concrete maatregel, nu precies de 'overtreding' is.

Het voorgestelde artikel 3a, tweede lid van het Bbni voorziet in de mogelijkheid om desgewenst bij ministeriële regeling nadere sectorspecifieke maatregelen voor te schrijven. Van deze mogelijkheid zou naar onze mening, in het kader van het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel, gebruik moeten worden gemaakt. Men zou in dit kader kunnen denken aan het opnemen of voorschrijven van specifieke (internationale) standaarden per sector, vergelijkbaar met de 'Best Beschikbare Technieken' (**BBT**) binnen het milieurecht. Zo kunnen bepaalde doelvoorschriften nader worden ingevuld door middel van eisen/maatregelen die aansluiten bij de meest doeltreffende methoden en welke tevens nog technisch en economisch haalbaar zijn voor AED's.

⁷ Nota van toelichting Consultatievoorstel, p. 13.