

No. W18.24.00034/IV

's-Gravenhage, 10 april 2024

Bij Kabinetsmissive van 20 februari 2024, no.2024000466, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Klimaat en Energie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving en het Omgevingsbesluit in verband met de implementatie van artikel 12 van richtlijn nr. (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2023 betreffende energie-efficiëntie en tot wijziging van Verordening (EU) 2023/955 (herschikking) (Pb EU 2023, L 231), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit strekt ertoe dat exploitanten van datacentra worden verplicht via een elektronische voorziening informatie openbaar te maken over hun energieverbruik. Ook dient informatie beschikbaar te worden gesteld ten behoeve van een Europese databank.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het ontwerpbesluit zelf de gegevens dient aan te wijzen die openbaar moeten worden gemaakt. In verband daarmee dient de voorgestelde delegatiegrondslag voor het aanwijzen van de gegevens te vervallen. Ook is het van belang om te verduidelijken welke informatie in de (openbaar beschikbare) elektronische voorziening moet worden opgenomen en hoe dit zich verhoudt tot de (beperkte) openbaarheid van gegevens in de Europese databank. Tot slot maakt de Afdeling een opmerking over de uitzondering op de verplichting tot het verstrekken van gegevens.

In verband met deze opmerkingen dient het ontwerpbesluit nader te worden overwogen.

1. Inhoud en achtergrond van het ontwerpbesluit

a. *Inhoud van het ontwerpbesluit*

Het ontwerpbesluit implementeert artikel 12 van richtlijn (EU) 2023/1791.¹ Volgens de toelichting gaat het om zuivere implementatie van artikel 12 van de richtlijn. Daartoe bepaalt het ontwerpbesluit dat degene die een datacentrum exploiteert met een geïnstalleerd IT-vermogen² van ten minste 500 kW jaarlijks op 15 mei gegevens over de energie-prestaties openbaar moet maken.³ De openbaarmaking vindt plaats via een elektronische voorziening en een elektronisch formulier die door de minister van Klimaat en Energie ter beschikking worden gesteld (te bereiken via het loket van

¹ Richtlijn (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2023 betreffende energie-efficiëntie (PbEU 2023, L 231), de richtlijn energie-efficiëntie; ook wel aangeduid als EED. Deze richtlijn is onderdeel van het Fit for 55-pakket dat voorziet in EU-wetgeving om de doelstelling van 55% reductie van emissies van broeikasgassen in 2030 te behalen.

² Geïnstalleerd IT-vermogen is het vermogen van de geïnstalleerde informatietechnologie in de ruimte en van de apparatuur die hoofdzakelijk of alleen dienen voor gegevensgerelateerde functies, met inbegrip van de noodzakelijke bijbehorende apparatuur.

³ Voorgesteld artikel 5.16b van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal).

AAN DE KONING

de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO)).⁴ De minister verstrekt de openbaar gemaakte gegevens vervolgens aan de Europese Commissie met het oog op een Europese databank die op geaggregeerd niveau openbaar beschikbaar zal zijn.⁵

b. *Europeesrechtelijke achtergrond*

Op grond van de richtlijn energie-efficiëntie verplichten lidstaten exploitanten van datacentra op hun grondgebied om gegevens over hun energieprestaties openbaar te maken.⁶ Informatie die onder het Unierecht en nationaal recht ter bescherming van handels- en bedrijfsgeheimen en van de vertrouwelijkheid valt, behoeven niet openbaar gemaakt te worden.⁷ De Commissie zet een Europese databank op die de door de datacentra overeenkomstig de openbaarmakingsverplichting medegedeelde informatie bevat. De Europese databank is openbaar beschikbaar op geaggregeerd niveau.⁸

Op 14 maart 2024 heeft de Commissie een gedelegeerde verordening vastgesteld⁹ op basis van de richtlijn energie-efficiëntie en ter nadere uitwerking van de in die richtlijn neergelegde verplichtingen betreffende datacentra.¹⁰

2. Aanwijzing van de openbaar te maken gegevens

Het ontwerpbesluit bepaalt dat bij ministeriële regeling de gegevens worden aangewezen die openbaar moeten worden gemaakt.¹¹ Volgens de toelichting biedt artikel 23.1 van de Omgevingswet hiervoor een grondslag.¹²

De Afdeling merkt op dat artikel 23.1 in dit geval geen grondslag biedt om bij ministeriële regeling regels te stellen. Dat artikel biedt alleen een grondslag om bij ministeriële regeling ter uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting regels te stellen, voor zover de Omgevingswet niet in een andere grondslag voor het stellen van regels voorziet. De Omgevingswet voorziet echter wel in zodanige grondslag. In dit verband wijst de Afdeling op de artikelen 20.6 en 20.8 van de Omgevingswet, die een grondslag bieden om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over het bijhouden, verzamelen en openbaar maken van daarbij aangewezen gegevens.¹³ De in deze beide bepalingen geboden mogelijkheden tot het stellen van nadere regels bij

⁴ Voorgesteld artikel 5.16c Bal.

⁵ Voorgesteld artikel 10.49d van het Omgevingsbesluit.

⁶ Het gaat om datacentra met een IT-vermogen van tenminste 500 kW.

⁷ Artikel 12, eerste lid, van de richtlijn energie-efficiëntie.

⁸ Artikel 12, derde lid, van de richtlijn energie-efficiëntie.

⁹ De gedelegeerde verordening ligt momenteel voor ter toetsing (bij de Raad en het Europees Parlement), zie C(2024) 1639 final.

¹⁰ De gedelegeerde verordening is gebaseerd op artikel 33, derde lid, van de richtlijn energie-efficiëntie.

¹¹ Voorgesteld artikel 5.16b, derde lid, Bal.

¹² Nota van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3, 'Verhouding tot hoger en overig recht', zie de laatste alinea.

¹³ In de toelichting wordt ook naar deze artikelen verwezen voor de bevoegdheid tot het stellen van regels over het verzamelen van gegevens en het verstrekken van informatie aan het publiek.

ministeriële regeling zijn uitdrukkelijk beperkt tot nadere uitvoering, respectievelijk uitvoeringstechnische of administratieve voorschriften.

De Afdeling adviseert om de voorgestelde delegatiegrondslag voor het aanwijzen van de gegevens te laten vervallen en in het ontwerpbesluit zelf hiervoor een regeling op te nemen.

3. Elektronische voorziening

a. *Inrichting van de elektronische voorziening en mededeling aan de Europese Commissie*

Het ontwerpbesluit regelt de verstrekking aan de Europese Commissie, door de minister van Klimaat en Energie, van de gegevens die via de elektronische voorziening worden aangeleverd.¹⁴ De Afdeling wijst er op dat voor het verstrekken van de meegedeelde gegevens ten behoeve van opname in de Europese databank zowel een gemeenschappelijke gebruikersinterface als een gemeenschappelijk applicatieprogramma-interface worden toegepast. Dit zorgt ervoor dat alle rapporterende datacentra de informatie op dezelfde wijze kunnen meedelen.¹⁵ Onduidelijk is hoe de elektronische voorziening op die interfaces aansluit en hoe wordt verzekerd dat datacentra in Nederland gegevens op dezelfde manier kunnen meedelen aan de elektronische voorziening als in andere Europese landen.

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de wijze waarop de elektronische voorziening wordt ingericht en in hoeverre dit is afgestemd op de interfaces van de Europese databank.

b. *De gegevens die openbaar moeten worden gemaakt*

Datacentra moeten op basis van de richtlijn energie-efficiëntie informatie openbaar maken over hun energie-prestaties. Die informatie dient mede te zijn gebaseerd op de gedelegeerde verordening.¹⁶ Het ontwerpbesluit lijkt er vanuit te gaan dat dit betekent dat de via de elektronische voorziening openbaar te maken gegevens dezelfde zijn als de aan de Commissie mee te delen gegevens.¹⁷

In dit verband wijst de Afdeling erop dat de gedelegeerde verordening bepaalt welke informatie ten behoeve van de Europese databank moet worden verstrekt.¹⁸ De informatie die overeenkomstig de gedelegeerde verordening wordt verstrekt ten behoeve van de Europese databank wordt slechts op geaggregeerde wijze openbaar gemaakt in deze databank.¹⁹

Verder is in de gedelegeerde verordening bepaald dat de lidstaten toegang hebben tot alle informatie en kernprestatie-indicatoren van datacentra op hun grondgebied en de

¹⁴ In de gedelegeerde verordening is nader uitgewerkt welke gegevens dit zou moeten betreffen.

¹⁵ Zie overweging 10 van de considerans van de gedelegeerde verordening.

¹⁶ Artikel 12, eerste lid, jo. bijlage VII onder c, van de richtlijn energie-efficiëntie.

¹⁷ Zie voorgesteld artikel 10.49d van het Omgevingsbesluit.

¹⁸ Daarnaast worden duurzaamheidsindicatoren voor datacentra vastgesteld.

¹⁹ Artikel 5, tweede lid, van de gedelegeerde verordening. In bijlage IV bij de verordening staat uitgebreid opgesomd om welke geaggregeerde gegevens het gaat.

Commissie tot alle informatie in de Europese databank.²⁰ Ook is geregeld dat de Commissie en alle betrokken lidstaten alle informatie over, en kernprestatie-indicatoren van, individuele datacentra, die aan de Europese databank worden medegedeeld, vertrouwelijk houden.

Dergelijke informatie wordt beschouwd als vertrouwelijke informatie die de commerciële belangen van exploitanten en eigenaars van datacentra raakt.²¹ Dit lijkt erop te wijzen dat door de datacentra meegedeelde informatie niet zonder meer openbaar gemaakt kan worden via de nationale elektronische voorziening en buiten het bereik van de in de richtlijn energie-efficiëntie neergelegde openbaarmakingsverplichting valt. Het uitgangspunt dat ten grondslag lijkt te liggen aan het ontwerpbesluit, namelijk dat de aan de Commissie mee te delen gegevens dezelfde zijn als de via de elektronische voorziening openbaar gemaakte gegevens, zou hiermee onverenigbaar zijn.

Op basis van het voorgaande is het niet duidelijk welke informatie door datacentra openbaar moet worden gemaakt via de elektronische voorziening en hoe dit zich verhoudt tot de (beperkte) openbaarheid van gegevens in de Europese databank.

De Afdeling adviseert het ontwerpbesluit aan te passen en daarin te verduidelijken welke gegevens datacentra via de elektronische voorziening dienen te verstrekken en welke gegevens vervolgens via die voorziening openbaar zullen worden gemaakt.

4. De uitzondering op de verplichting tot het verstrekken van gegevens

Het ontwerpbesluit voorziet in een uitzondering op de verplichting om gegevens over energie-efficiëntie openbaar te maken indien het bedrijfs- of fabricagegegevens als bedoeld in de Wet open overheid betreft.²² Volgens de toelichting dient degene die het datacentrum exploiteert het beroep op deze uitzondering te motiveren.

De Afdeling wijst erop dat de Wet open overheid een regeling biedt die voorschrijft dat openbaarmaking van bepaalde gegevens achterwege dient te blijven en een regeling waarbij het achterwege blijven van openbaarmaking moet worden afgewogen tegen het belang van openbaarmaking.²³ Het ontwerpbesluit lijkt hiervan af te wijken met de formulering dat de verplichting tot openbaarmaking niet van toepassing is indien sprake is van bedrijfs- of fabricagegegevens. Aldus zou een exploitant steeds openbaarmaking kunnen weigeren zodra vaststaat dat sprake is van dergelijke gegevens. Het is van belang om te verduidelijken in hoeverre afwijking van de regeling in de Wet open overheid is beoogd.

De verplichting om een motivering te geven bij het beroep op de uitzonderingsgrond is niet opgenomen in het ontwerpbesluit. Indien het de bedoeling is deze verplichting op

²⁰ Artikel 5, derde en vierde lid, van de gedelegeerde verordening.

²¹ Artikel 5, vijfde lid, van de gedelegeerde verordening.

²² Voorgesteld artikel 5.16b, tweede lid, Bal, waar wordt verwezen naar artikel 5.1, eerste lid, onderdeel c, en tweede lid, onderdeel f, van de Wet open overheid.

²³ Vergelijk het eerste en het tweede lid van artikel 5.1 van de Wet open overheid.

te leggen aan exploitanten, is het van belang een dergelijke regeling alsnog in het ontwerpbesluit op te nemen.²⁴

De Afdeling adviseert om de toelichting, en zo nodig het ontwerpbesluit, in het licht van het voorgaande aan te passen.

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

De vice-president van de Raad van State,

²⁴ Vergelijk artikel 5.1, derde lid, van de Wet open overheid.