

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DE/2016/201932_OV
Zaaknummer: 15.0772.53

Inhoud

1	Samenvatting	2
2	Verloop van de procedure	3
3	Wettelijk kader	4
3.1	Het groepsverbod	4
3.2	Het verbod op nevenactiviteiten	5
4	Standpunten van RWE en Alliander	6
4.1	RWE	6
4.2	Alliander	7
5	Overwegingen ACM	8
5.1	Is RWE belanghebbende?	8
5.2	Beoordeling activiteiten HOOM, MPARE en EXE	10
5.2.1	Beoordelingskader groepsverbod en verbod op nevenactiviteiten	10
5.2.2	Beoordeling activiteiten HOOM, MPARE en EXE	17
6	Besluit	27

Pagina
1/27

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 Samenvatting

1. RWE Benelux Holding B.V. (hierna: RWE) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht om handhavend op te treden tegen Alliander N.V. (hierna: Alliander) en de tot haar groep horende vennootschappen HOOM B.V. (hierna: HOOM), MPARE B.V. (hierna: MPARE) en Energy Exchange Enablers B.V. (hierna: EXE), wegens overtreding van:
 - (i) het groepsverbod, zoals neergelegd in de artikelen 10b, eerste tot en met derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste tot en met derde lid, van de Gaswet; en/of
 - (ii) het verbod op nevenactiviteiten, zoals neergelegd in de artikelen 17, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en 10b, tweede en derde lid, van de Gaswet.
2. Samengevat houden de activiteiten waarover RWE klaagt het volgende in. HOOM adviseert woningeigenaren over energiebesparingsmaatregelen en schakelt namens woningeigenaren onderaannemers in die deze energiebesparingsmaatregelen voor de woningeigenaar uitvoeren. MPARE biedt een platform waarop energiedata met instemming van individuele afnemers worden verzameld, om deze beschikbaar te maken voor partijen die op basis daarvan energiediensten aan die individuele afnemers aanbieden. EXE ontwikkelt softwarediensten die erop zijn gericht om decentrale productie en verbruik op elkaar af te stemmen en *demand side management* mogelijk te maken.
3. Alliander is een netwerkbedrijf. Tot de groep van Alliander behoort ook netbeheerder Liander N.V. (hierna: Liander). Om het belang van goed netbeheer te beschermen, heeft de wetgever de activiteiten van onderdelen van een netwerkbedrijf met bovengenoemde verboden beperkt. Activiteiten zijn in strijd met deze verboden, als zij:
 - (i) zien op productie of levering van energie of handel daarin, of
 - (ii) voor een netwerkbedrijf wezensvreemd/branche-vreemd zijn, dat wil zeggen geen betrekking hebben op kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen en/of geen betrekking hebben op daaraan verwante dienstverlening, of
 - (iii) (op andere wijze) potentieel strijdig zijn met het belang van het beheer van het net door de netbeheerder die onderdeel is van het netwerkbedrijf.
4. ACM heeft de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE hieraan getoetst. Op basis van het onderzoek komt ACM tot de conclusie dat op dit moment niet gezegd kan worden dat de activiteiten van HOOM en MPARE en EXE een overtreding opleveren. Voor de activiteiten van EXE geldt daarbij in het bijzonder dat deze nog in ontwikkeling zijn en dat ACM in zoverre niet kan vaststellen of de diensten die EXE uiteindelijk zal uitvoeren, een overtreding behelzen.

2 Verloop van de procedure

5. Bij brief van 21 juli 2015 (hierna: het handhavingsverzoek) heeft RWE ACM verzocht om handhavend op te treden tegen Alliander, omdat Alliander volgens haar in strijd handelt met het groepsverbod en/of het verbod op nevenactiviteiten. Meer specifiek richt de klacht van RWE zich op activiteiten van Allego B.V. (hierna: Allego), HOOM, MPARE en EXE.
6. Bij brief van 24 juli 2015 heeft ACM RWE verzocht om haar handhavingsverzoek nader te motiveren. Bij brief van 20 augustus 2015 heeft RWE haar handhavingsverzoek nader gemotiveerd.
7. Bij brief van 16 september 2015 heeft ACM een afschrift van het handhavingsverzoek en de nadere motivering aan Alliander toegestuurd en Alliander in de gelegenheid gesteld om daarop haar zienswijze te geven. Op 7 en 16 oktober 2015 heeft Alliander haar zienswijze gegeven op het handhavingsverzoek van RWE.
8. Naar aanleiding van de klachten van RWE heeft ACM onderzoek gedaan naar de activiteiten van Allego, HOOM, MPARE en EXE. ACM heeft haar onderzoek gesplitst in twee delen. Eerst heeft zij onderzoek gedaan naar Allego en vervolgens naar HOOM, MPARE en EXE.
9. Bij brief van 10 februari 2016 heeft ACM RWE geïnformeerd over de uitkomsten van het onderzoek naar de activiteiten van Allego. Daarbij heeft ACM aan RWE meegedeeld dat ACM RWE niet belanghebbend acht bij haar klachten over Allego. Het onderzoek van ACM naar Alliander en Allego heeft niet geleid tot de vaststelling dat sprake was van een overtreding.¹
10. Voor het onderzoek naar de klachten over HOOM, MPARE en EXE heeft ACM met informatieverzoeken van 14 januari 2016 en 11 maart 2016 aanvullende informatie bij Alliander opgevraagd. Alliander heeft hierop bij brief van 5 februari 2016 en e-mail van 21 maart 2016 informatie aan ACM toegestuurd. Deze informatie betrof onder meer een gedetailleerde omschrijving van de activiteiten van HOOM, EXE en MPARE, businessplannen, de gehanteerde overeenkomsten met klanten en derden, de wijze waarop HOOM, EXE en MPARE hun dienstverlening factureren en de verwachte effecten van de aangeboden diensten op de elektriciteits- en gasnetten. Daarnaast heeft ACM gebruik gemaakt van de door RWE verstrekte informatie. Ook heeft ACM informatie onderzocht die in openbare bronnen en via signalen van andere marktpartijen beschikbaar was over de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE.

¹ Brief van ACM aan Alliander van 9 februari 2016 met kenmerk ACM/DE/2016/200588_OV, vindplaats:
<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15461/ACM-sluit-onderzoek-naar-activiteiten-laadpaalaanbieder-Allego-af/>.

Besluit Openbaar

11. Bij brief van 13 januari 2016 heeft ACM aan RWE bericht dat zij vooralsnog de belanghebbendheid van RWE bij haar klachten over de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE onvoldoende aangetoond acht, om het handhavingsverzoek als een besluitaanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) te kwalificeren. ACM heeft RWE daarbij onder verwijzing naar artikel 4:7 Awb in de gelegenheid gesteld om daarop haar zienswijze te geven. Bij e-mail van 26 januari 2016 heeft RWE dit gedaan.

3 Wettelijk kader

3.1 Het groepsverbod

E-wet

12. Artikel 10b, eerste tot en met derde lid, van de E-wet bepaalt:
1. *Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.*
 2. *Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.*
 3. *Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:*
 - a. *houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt;*
 - b. *nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.*

Gaswet

13. Artikel 2c, eerste tot en met derde lid, van de Gaswet:
1. *Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in*

Nederland gas produceert of levert of daarin handelt.

2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.

3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:

a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt;

b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt.

3.2 Het verbod op nevenactiviteiten

E-wet

14. Artikel 17, tweede en derde lid, van de E-wet bepaalt:

2. Indien een netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, is het deze groep niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net.

3. Onder handelingen en activiteiten als bedoeld in het tweede lid worden in ieder geval verstaan:

a. handelingen en activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten,

b. het door de netbeheerder verstrekken van zekerheden ten behoeve van de financiering van activiteiten van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen en

c. het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen, tenzij het verstrekken van zekerheden of het zich aansprakelijk stellen voor schulden door de netbeheerder:

1°. geschiedt ten behoeve van handelingen of activiteiten die de netbeheerder zelf zou mogen verrichten,

2°. anderszins verband houdt met het netbeheer of

3°. geschiedt om te voldoen aan voorwaarden in verband met de toepassing van wettelijke

bepalingen.

Gaswet

15. Artikel 10b, tweede en derde lid, van de Gaswet bepaalt:

2. Indien een netbeheerder, niet zijnde de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, is het deze groep niet toegestaan om handelingen of activiteiten te verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net.

3. Onder handelingen en activiteiten als bedoeld in het tweede lid worden in ieder geval verstaan:

a. handelingen en activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten,

b. het door de netbeheerder verstrekken van zekerheden ten behoeve van de financiering van activiteiten van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen en

c. het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden van tot de groep behorende rechtspersonen of vennootschappen, tenzij het verstrekken van zekerheden of het zich aansprakelijk stellen voor schulden door de netbeheerder:

1°. geschiedt ten behoeve van handelingen of activiteiten die de netbeheerder zelf zou mogen verrichten,

2°. anderszins verband houdt met het netbeheer of

3°. geschiedt om te voldoen aan voorwaarden in verband met de toepassing van wettelijke bepalingen.

6/27

4 Standpunten van RWE en Alliander

4.1 RWE

16. In algemene zin stelt RWE dat de Wet Onafhankelijk Netbeheer (hierna: WON)², waarmee het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten in de E-wet en de Gaswet werden opgenomen, Alliander verbiedt om zich bezig te houden met niet-infrastructurele en commerciële energieactiviteiten.

17. Meer specifiek stelt RWE dat de activiteiten van EXE, HOOM en MPARE verboden commerciële activiteiten zijn, die onvoldoende verband houden met infrastructuur en/of

² Wet van 23 november 2006 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer.

Besluit Openbaar

netbeheer, alsmede dat deze activiteiten liggen binnen de sfeer van productie, handel en levering van energie. Daarbij profiteert Alliander volgens RWE van door concurrentie niet-repiceerbare voordelen als gevolg van haar unieke positie als netwerkbedrijf.

18. Daarnaast zouden de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE de onafhankelijkheid van Alliander/Liander in gevaar brengen. Deze activiteiten zouden volgens RWE prikkels creëren voor Alliander/Liander om te differentiëren in haar opstelling richting energiebedrijven, afhankelijk van de mate waarin deze concurreren met Alliander. Gelet hierop overtreedt Alliander met deze activiteiten volgens RWE het groepsverbod en/of het verbod op nevenactiviteiten.
19. Aangezien RWE met EXE, HOOM en MPARE vergelijkbare of nauw verwante diensten aanbiedt, meent RWE dat zij een (concurrentie)belang heeft bij een besluit op haar handhavingsverzoek. In de tweede plaats stelt RWE dat zij belang heeft bij een besluit op het handhavingsverzoek als gebonden afnemer van netwerkdiensten van Alliander die voor RWE noodzakelijk zijn om haar commerciële activiteiten te kunnen aanbieden. RWE moet erop kunnen vertrouwen dat Alliander deze diensten non-discriminatoir aanbiedt en dat de goede werking van de netwerken van Liander niet in gevaar wordt gebracht door commerciële activiteiten van Alliander.

4.2 Alliander

20. Alliander stelt in de eerste plaats dat het handhavingsverzoek van RWE onvoldoende is gemotiveerd en het daarom buiten behandeling moet worden gelaten of moet worden afgewezen.
21. Ten tweede stelt Alliander dat RWE niet kan worden aangemerkt als belanghebbende bij haar handhavingsverzoek, omdat zij onvoldoende zou hebben gemotiveerd waarom zij geraakt is in haar (concurrentie)belang. Het handhavingsverzoek van RWE is daarom volgens Alliander niet-ontvankelijk.
22. Ten derde stelt Alliander dat het handhavingsverzoek van RWE moet worden afgewezen, omdat de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE niet in strijd zijn met het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten. Daartoe voert zij onder meer aan dat er geen sprake is van productie, levering, handel of van activiteiten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het net door Liander. Volgens Alliander is juist het tegendeel het geval; het gaat om activiteiten die betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele en aanverwante voorzieningen en die ten goede komen aan het netbeheer. Meer in het bijzonder leiden deze

activiteiten tot het voorkomen van diepte-investeringen in netten. Daarmee dragen deze activiteiten bij aan een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieu-hygiënisch functioneren van de energievoorziening, waaronder de door Liander beheerde netten. Alliander wijst er voorts op dat het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten haar niet verbieden om activiteiten in concurrentie uit te voeren. Specifiek voor EXE stelt Alliander in aanvulling hierop dat de klachten van RWE daarover voorbarig zijn, omdat EXE nog geen producten heeft die 'ready to market' zijn.

5 Overwegingen ACM

23. In dit hoofdstuk gaat ACM allereerst in op de vraag of RWE belanghebbende is bij haar klachten over HOOM, MPARE en EXE. Dit is van belang voor de vraag of ACM op deze klachten een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht neemt, waartegen bezwaar en/of beroep open staat. Vervolgens zal ACM de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE toetsen aan het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten. ACM zal daartoe eerst uiteenzetten welk beoordelingskader zij daarbij op grond van deze verboden hanteert.

5.1 Is RWE belanghebbende?

24. Voor het besluit op het handhavingsverzoek is van belang of dit handhavingsverzoek kwalificeert als de aanvraag van een besluit in de zin van artikel 1:3, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Op grond van deze bepaling kan alleen een belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 van de Awb een dergelijke besluitaanvraag doen. ACM meent dat RWE bij haar klachten over de activiteiten van HOOM en EXE als belanghebbende kan worden aangemerkt, maar bij haar klachten over de activiteiten van MPARE niet. ACM licht dit hieronder toe.
25. Uit vaste jurisprudentie volgt dat een onderneming wiens concurrentiebelang rechtstreeks betrokken is bij een besluit, belanghebbende is. Daarvan is sprake wanneer een onderneming een concurrerende positie heeft op dezelfde markt of voornemens is actief te worden op die markt. Van belang daarbij is of de onderneming in hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied werkzaam is, dan wel hiertoe concrete plannen heeft. Het is aan de partij die stelt (potentiële) concurrent te zijn, dit aannemelijk te maken. Voorts is het vaste jurisprudentie dat de enig aandeelhouder en de enig bestuurder in principe ook worden aangemerkt als rechtstreeks belanghebbende, omdat hun belangen verweven zijn, parallel lopen en vereenzelvigd kunnen worden met de belangen van hun ondernemingen. ACM vereenzelvigt RWE daarom voor de beoordeling van de belanghebbendheid met haar dochterbedrijf Essent

Besluit Openbaar

9/27

N.V (hierna: Essent), waarvan RWE enig aandeelhouder is en de tot de groep van Essent behorende rechtspersonen, waaronder Powerhouse B.V. (hierna: Powerhouse).³

26. Uit de informatie die RWE heeft gegeven ter onderbouwing van haar belanghebbendheid bij de klachten in het handhavingverzoek, blijkt dat Essent diensten aanbiedt die qua inhoud, marktsegment en verzorgingsgebied overlappen met de diensten van HOOM. Dit brengt mee dat ACM RWE belanghebbend acht bij haar klacht over HOOM. Hetzelfde geldt voor de klachten van RWE over de activiteiten van EXE, nu Powerhouse diensten aanbiedt die volgens ACM gedeeltelijk overlappen met de diensten die EXE reeds aanbiedt of wil gaan aanbieden. Powerhouse bestaat onder meer uit een online handelsplatform – het *Powerhouse Energy Platform* – en de *Demand Side Response Module*. Evenals EXE biedt Powerhouse daarmee aan haar klanten een marktplaats waarop klanten energie kunnen verhandelen, eventueel via beursvloeren. In combinatie met de *Demand Side Respons Module* biedt Powerhouse, evenals EXE, klanten de mogelijkheid om te bepalen hoe zij hun flexibiliteit willen inzetten. Dat de diensten van EXE volgens Alliander nog niet (alle) '*ready to market*' zijn, acht ACM niet bepalend voor de belanghebbendheid van RWE bij klachten over EXE. Alliander benadert immers reeds potentiële klanten om deel te nemen in de (verdere) ontwikkeling van deze diensten⁴ en treedt aldus in concurrentie met Powerhouse.
27. Voor zover RWE klaagt over de activiteiten van MPARE, acht ACM haar geen belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 van de Awb. Ter nadere onderbouwing van haar belang bij deze klacht, stelt RWE dat Essent het pilotproject *SmartEss* uitvoert, waarmee het energieverbruik van klanten real time kan worden gemeten. Doel is om een doorvertaling te maken naar het energieverbruik per apparaat. Klanten krijgen daardoor beter inzicht in hun energieverbruik en er kan gericht worden geadviseerd over energiebesparingsdiensten, aldus RWE. Om het verbruik zo goed mogelijk te monitoren heeft Essent een thuisapp ontwikkeld waarmee huishoudens inzicht krijgen in hun verbruik. Deze applicatie maakt gebruik van de data die klanten via de P1-poort van de slimme meter beschikbaar kunnen stellen. MPARE concurreert daarom volgens RWE met *SmartEss*. ACM constateert echter dat MPARE zich, anders dan

³ Uit de inschrijving van Powerhouse in het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat Essent Nederland B.V. – een 100% dochter van Essent N.V. – enig bestuurder is van Powerhouse B.V. en dat per 23 april 2009 een aansprakelijkheidsverklaring (een '403-verklaring') voor Powerhouse is gedeponeerd door RWE Energy Nederland N.V., die per 28 december 2012 is vervangen door een aansprakelijkheidsverklaring door Essent N.V., op basis waarvan de financiële gegevens zijn geconsolideerd in de jaarrekening van Essent N.V. Dit blijkt voorts uit de door Essent N.V. in het handelsregister gedeponeerde jaarrekeningen.

⁴ Zo tekende Alliander op 5 februari 2016 een intentieovereenkomst met de gemeente Zaanstad om samen de mogelijkheden te onderzoeken om binnen de gemeente de onderlinge uitwisseling tussen producenten en afnemers van duurzame energie uit te wisselen. Zie <https://www.alliander.com/nl/media/nieuws/samenwerken-zaanstad>.

applicatie van Essent, niet richt op afnemers van energie, maar op bedrijven die op basis van data die MPARE via het *HelloData*-platform beschikbaar stelt, applicaties ten behoeve van afnemers van energie willen ontwikkelen. Omdat MPARE en de applicatie van Essent zich op verschillende doelgroepen richten, ziet ACM niet in dat de activiteiten van MPARE RWE rechtstreeks in een concurrentiebelang raken. Nu MPARE is gestaakt met de verkoop van de *Energie Data Box*, die bij afnemers op de P1-poort van de slimme meter werd geïnstalleerd – concurreert MPARE niet meer met de applicaties van *SmartEss* als het gaat om de toegang tot de P1-poort bij afnemers.

28. Uit het voorgaande volgt dat het handhavingsverzoek van RWE niet als een besluitaanvraag kwalificeert, voor zover RWE daarin klaagt over de activiteiten van MPARE. Niettemin heeft ACM aanleiding gezien om de activiteiten van MPARE te toetsen aan het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten. Door de uitkomsten van deze toetsing tevens in dit besluit op te nemen, beoogt ACM marktpartijen – waaronder RWE – duidelijkheid te geven over de toelaatbaarheid van de activiteiten van MPARE. Voor zover dit besluit ingaat op de activiteiten van MPARE, kwalificeert dit evenwel niet als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en/of beroep open staat. Om die reden is het dictum van dit besluit (hoofdstuk 6) alleen gericht op de klachten van RWE over HOOM en EXE.

5.2 Beoordeling activiteiten HOOM, MPARE en EXE

5.2.1 Beoordelingskader groepsverbod en verbod op nevenactiviteiten

29. Het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten zijn met de WON in de E-wet en de Gaswet opgenomen. Bij uitspraken van 22 juni 2010 heeft het gerechtshof 's-Gravenhage het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten onverbindend verklaard wegens strijd met Europees recht.⁵ Bij uitspraken van 26 juni 2015⁶ heeft de Hoge Raad de uitspraak van het gerechtshof vernietigd en de zaak gedeeltelijk verwezen naar het gerechtshof Amsterdam. Aan het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten komt met de uitspraak van de Hoge Raad sinds 26 juni 2015 weer verbindende kracht toe.
30. Hieronder gaat ACM achtereenvolgens nader in op het beoordelingskader voor het groepsverbod en het verbod op nevenactiviteiten.

⁵ Hof 's-Gravenhage 22 juni 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BM8494*; BM8495 en BM8496.

⁶ Hoge Raad 26 juni 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1727*; 1728 en 1729.

Het groepsverbod

31. Het groepsverbod verbiedt een netbeheerder om deel uit te maken van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert of levert of daarin handelt. Met het groepsverbod heeft de wetgever er kort gezegd voor willen zorgen dat het netbeheer volledig onafhankelijk wordt van commerciële activiteiten op het gebied van productie, handel en levering van elektriciteit of gas, om zo de leveringszekerheid te borgen.⁷
32. De E-wet en de Gaswet geven geen definitie van het begrip 'leveren' of 'levering', en deze volgt evenmin uit de parlementaire geschiedenis. Gelet daarop ziet ACM aanleiding om voor de betekenis van het begrip levering aansluiting te zoeken bij de Europese energierichtlijnen. Deze richtlijnen definiëren levering als "*verkoop, wederverkoop daaronder begrepen, van [electriciteit en aardgas] aan afnemers*".⁸ Anders dan in de E-wet en Gaswet, is het begrip 'afnemer' in de richtlijnen niet beperkt tot personen met een aansluiting op het net. ACM verstaat derhalve onder leveren of levering het (weder)verkoop van elektriciteit en gas.⁹
33. De E-wet en de Gaswet definiëren de term 'handelaar' als "*een organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het sluiten van overeenkomsten betreffende de koop en verkoop van elektriciteit/gas*".¹⁰ In de parlementaire geschiedenis is 'het handelen in' elektriciteit als volgt nader toegelicht:
- "Uiteraard gaat het bij «handelen in» om het sluiten van overeenkomsten met betrekking tot de koop en verkoop van elektriciteit of gas. Voor de goede orde merk ik op dat onder handel niet valt het faciliteren van handel door het onderhouden van een marktplaats. Uiteraard mag degene die de marktplaats onderhoudt daarop dan zelf geen positie innemen. Van handel is evenmin sprake bij de aankoop van elektriciteit of gas voor eigen gebruik."*¹¹
34. Handel bestaat derhalve uit het sluiten van overeenkomsten met betrekking tot de koop en verkoop van elektriciteit. Het enkel faciliteren van een marktplaats of energiebeurs valt hier niet onder.

⁷ Zie *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 2, 6-7, 12-13, 20; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 6, p. 9-10, 25; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 17, p. 39-43; *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 212, D, p. 5-6; en *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 212, F, p. 3.

⁸ Artikel 2, negentiende lid, van Richtlijn 2003/54/EG en Richtlijn 2009/72/EG en artikel 2, zevende lid, van Richtlijn 2003/55/EG en Richtlijn 2009/73/EG.

⁹ Zie hierover uitgebreid brief van 9 februari 2016 met kenmerk ACM/DE/2016/200588_OV, p. 2-4.

¹⁰ Artikel 1, eerste lid, onder h, van de E-wet, artikel 1, sub ai, van de Gaswet.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 57.

Het verbod op nevenactiviteiten

35. De E-wet en de Gaswet bieden voor netwerkbedrijven ruimte om commerciële activiteiten te verrichten. De reikwijdte van deze activiteiten is echter beperkt. Artikel 17, tweede lid, E-wet en 10b, tweede lid, van de Gaswet bepalen dat netwerkbedrijven geen handelingen of activiteiten mogen verrichten *"die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het desbetreffende net."* Dit verbod is ingegeven door de wens om het belang van adequaat netbeheer te beschermen.¹²
36. De norm dat een netwerkbedrijf geen handelingen of activiteiten mag verrichten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het net, is tot op zeker hoogte onbepaald. De norm geeft immers niet limitatief en concreet aan welke handelingen of activiteiten strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het net. In het derde lid van artikel 17 van de E-wet en 10b van de Gaswet heeft de wetgever het verbod op nevenactiviteiten meer geconcretiseerd, door daarin voorbeelden te geven van handelingen of activiteiten die in ieder geval kwalificeren als handelingen of activiteiten die strijdig kunnen zijn met het belang van het beheer van het net.¹³ Daartoe behoren handelingen of activiteiten die *"niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten"*.¹⁴ Hieruit volgt dat de toegestane handelingen en activiteiten van netwerkbedrijven beperkt zijn tot handelingen of activiteiten die (wél) op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten.
37. Door het gebruik van de zinsnede *'op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met'* en de woorden *'infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten'*, trekt de wetgever met dit voorbeeld nog geen scherpe grens tussen toelaatbare en niet toelaatbare activiteiten. Veeleer blijkt hieruit dat de wetgever de toegestane activiteiten van netwerkbedrijven op voorhand niet al te strikt heeft willen afbakenen. In de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de WON is dit ook opgemerkt:

"Het begrip infrastructurele voorzieningen is een gangbaar begrip, dat voldoende aanknopingspunten biedt voor afbakening. Toegegeven moet worden dat dit minder geldt voor het begrip aanverwante activiteiten. Deze omschrijving is gekozen om niet reeds op

¹² Zie o.m. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 17, p. 41-42.

¹³ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

¹⁴ De overige, in artikel 17 E-wet en artikel 10b Gaswet, derde lid, sub b en c genoemde voorbeelden van met het belang van netbeheer strijdige handelingen en activiteiten, spelen hier geen rol; RWE klaagt in haar handhavingsverzoek niet erover dat van dat soort handelingen of activiteiten sprake is en ACM heeft daarvoor ook geen concrete aanwijzingen. Of daarvan sprake is, heeft ACM daarom niet onderzocht.

voorhand teveel belemmeringen op te werpen die zouden voortvloeien uit een striktere omschrijving. Een en ander moet in de praktijk zijn weg vinden. Uiteraard kunnen bedrijven met de DTe overleggen of bepaalde activiteiten naar de mening van de DTe binnen de omschrijving vallen. Vermeldt zij verder nog dat de statuten van de rechtspersonen die met de netbeheerder in een groep zijn verbonden, de goedkeuring van de minister van Economische Zaken behoeven. Hierbij toetst de minister uiteraard of de doelstellingen van de betrokken rechtspersoon binnen het hier bedoelde kader vallen. Dit geeft de bedrijven rechtszekerheid.”¹⁵

38. Uit de parlementaire geschiedenis wordt voorts duidelijk dat de wetgever beoogde netwerkbedrijven ruimte te geven om zich verder te ontwikkelen in met netbeheer vergelijkbare commerciële activiteiten, om waar mogelijk synergievoordelen te realiseren of te profiteren van kennis en expertise van verschillende bedrijfsonderdelen.¹⁶ De activiteiten van netwerkbedrijven zouden niet verder moeten worden beperkt dan noodzakelijk en proportioneel om nadelige effecten op het beheer van het net door de netbeheerder in de groep van het netwerkbedrijf te voorkomen. Volgens de parlementaire geschiedenis was maar één eis echt van belang: geen productie, levering of handel meer.¹⁷ Tegelijkertijd heeft de wetgever ook niet alle commerciële activiteiten willen toestaan. De grens ligt blijkens de parlementaire geschiedenis bij wezensvreemde, branchevreemde activiteiten, zoals het exploiteren van strandtenten en het aanbieden van recreatieve voorzieningen.

“Met de bijgevoegde nota van wijziging wordt duidelijk gemaakt dat onder handelingen en activiteiten die strijdig zijn met het belang van het netbeheer ook activiteiten van groepsmaatschappijen worden verstaan, die geen verband houden met infrastructurele voorzieningen en daaraan verwante activiteiten. Het netwerkbedrijf mag met andere woorden bijvoorbeeld geen strandtenten gaan verhuren of bungalowparken gaan exploiteren. Deze beperking vindt overigens zijn grens in hetgeen juridisch noodzakelijk en proportioneel wordt geacht.”¹⁸

“Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel op 13 april jl. is de vraag opgeworpen of het wenselijk is dat een netwerkbedrijf (dat wil zeggen bedrijven die met een

¹⁵ Kamerstukken I, 2006/07, 30 121, nr. D, p. 22.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 20; Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 6, p. 67/68 en 71/72; Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 17, p. 41-42, de notitie 'Netbeheerder en netwerkbedrijf na splitsing' van het Ministerie van Economische Zaken van 21 maart 2006, p. 4-5; Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 28, p. 1; en Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

¹⁷ Kamerstukken II, 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 20.

¹⁸ Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 28, p. 1.

netbeheerder in een groep zitten) onbeperkt allerlei soorten activiteiten kunnen verrichten. Zoals ik toen al heb aangegeven, is dat mijns inziens niet gewenst. In een dergelijke groep behoren geen «wezensvreemde» activiteiten te worden verricht zoals bijvoorbeeld het aanbieden van recreatieve voorzieningen. Aan de andere kant is het niet de bedoeling dat een inperking van de activiteiten leidt tot onnodig synergieverlies. Het is uiteraard uitermate nuttig dat in een dergelijke groep ook andere activiteiten dan het beheer van elektriciteits- en gasnetten plaatsvinden. Kennis en kunde op dat gebied kan ook benut worden in vergelijkbare sectoren als water, riolering, telecommunicatie en dergelijke en vice versa. Het zogenaamde multi-utility concept blijft dan ook mogelijk.

Een en ander wordt thans verduidelijkt door een nadere invulling van het strijdigheidsbegrip. In de artikelen I, onderdeel I, en II, onderdeel I, van het wetsvoorstel (artikel 17 Elektriciteitswet 1998 en 10 Gaswet) was voorgesteld een bepaling op te nemen die de groep waartoe een netbeheerder behoort, verbiedt met het netbeheer strijdige handelingen te verrichten. Die bepaling wordt thans nader ingevuld door het nieuwe derde lid, onderdeel a, van de genoemde artikelen. Naast werkzaamheden die betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen (bijvoorbeeld het zogenaamde infrabedrijf) zijn ook aanverwante activiteiten toegestaan. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan activiteiten die bijdragen aan een betrouwbare, duurzame, energieuishouding (bij voorbeeld het geven van advies op het gebied van energie-milieuprestatienormen).¹⁹

39. In de notitie 'Visie Netwerkbedrijven Elektriciteit en Gas' van juli 2008 (hierna: de Visie Netwerkbedrijven) heeft het Ministerie van Economische Zaken meer duidelijkheid willen geven over de rol die het netwerkbedrijf binnen het gegeven wettelijk kader mag spelen. De Visie Netwerkbedrijven is opgenomen als **bijlage** bij dit besluit. De Visie Netwerkbedrijven is in overleg met (de voorganger van) ACM tot stand gekomen en bedoeld als richtlijn bij het toezicht dat de Minister en ACM op grond van de E-wet en de Gaswet uitoefenen.
40. In de Visie Netwerkbedrijven is vooropgesteld dat de *"kerntaak van een netwerkbedrijf is het beheer van de elektriciteits- en/of gasnetten en de uitvoering van alle daarmee samenhangende wettelijke taken en activiteiten. Nevenactiviteiten van het netwerkbedrijf dienen naar aard en omvang in beginsel ondergeschikt te zijn aan de activiteiten ingevolge deze kerntaak"*.²⁰ Voorts wordt opgemerkt dat een netwerkbedrijf als bedrijf moet kunnen functioneren. *"In beginsel is het uitvoeren van nevenactiviteiten die een commercieel karakter hebben toegestaan, mits deze*

¹⁹ Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3. Zie voorts Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 17, p. 41-42 en de notitie 'Netbeheerder en netwerkbedrijf na splitsing' van het Ministerie van Economische Zaken van 21 maart 2006, p. 4-5 en Verslag van plenaire behandeling WON in de Tweede Kamer, TK 2005/06, Vergadering 73, 19 april 2006, p. 4593, 4594 en 4601.

²⁰ Visie Netwerkbedrijven, p. 12.

direct of indirect bijdragen aan de uitvoering van de wettelijke taak".²¹ Nevenactiviteiten die direct of indirect bijdragen aan de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerder zijn volgens de Visie Netwerkbedrijven in beginsel niet strijdig zijn met het belang van het netbeheer en dus toegestaan. Dat kan anders zijn wanneer het netwerkbedrijf het grootste gedeelte van haar omzet behaalt met deze nevenactiviteiten en de focus dus niet meer ligt op netbeheer. Alleen al door de omvang kunnen de nevenactiviteiten binnen de netwerkgroep een dominante factor worden, waardoor de uitvoering van de wettelijke taken van de netbeheerder gemakkelijk kan worden doorkruist.²²

41. De Visie Netwerkbedrijven gaat daarnaast nader in op wat verstaan moet worden onder de open begrippen *'op enigerlei wijze betrekking hebben of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten'*:

"Onder infrastructurele voorzieningen worden kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen verstaan, niet zijnde een productie-installatie voor elektriciteit of gas. Bij activiteiten die verband houden met infrastructurele voorzieningen kan dus concreet worden gedacht aan bijvoorbeeld de aanleg, het beheer en het onderhoud van warmtenetten, koudesystemen, riolering, waterleidingen en kabels voor televisie en/of internet. Systemen voor openbare verlichting en verkeersregeling kunnen in dit verband ook als infrastructurele voorzieningen worden aangemerkt. Niet als infrastructureel wordt in dit kader aangemerkt hetgeen niet leiding- of kabelgebonden is, zoals bijvoorbeeld afvalverwerking of transport over weg, rails, water etc.

Met aanverwante activiteiten wordt bedoeld op de dienstverlening ten behoeve van de genoemde infrastructurele voorzieningen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het aanbieden van meetdiensten. Daarbij gaat het om het installeren, beheren en uitlezen van meters die verbonden zijn aan de bovengenoemde infrastructuur (zie ook paragraaf 2.4). Ook kan worden gedacht aan de verhuur van meters of transformatoren en het verzorgen van storingsdiensten. Aanverwante activiteiten kunnen ook betrekking hebben op bijvoorbeeld andere kabels en leidingen dan voor gas en elektriciteit. Indien de activiteit geen betrekking heeft op een hier gedefinieerde infrastructurele voorziening of aanverwante activiteit, dan mag deze niet binnen het netwerkbedrijf plaatsvinden."²³

42. Infrastructurele voorzieningen hebben dus alleen betrekking op kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen. Met aanverwante activiteiten wordt bedoeld op

²¹ Idem, p. 12.

²² Idem, p. 11 en 17-18.

²³ Visie Netwerkbedrijven, p. 16.

Besluit Openbaar

16/27

dienstverleningen ten behoeve van deze kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen. In aanvulling daarop merkt ACM op dat in de parlementaire geschiedenis bij de WON is gesteld dat bij aanverwante activiteiten ook gedacht kan worden *"aan activiteiten die bijdragen aan een betrouwbare, duurzame, energiehuishouding (bijvoorbeeld het geven van advies op het gebied van energie-milieuprestatienormen)."*²⁴

43. In het licht van het voorgaande wijst ACM er volledigheidshalve op dat de wetgever commerciële activiteiten van netwerkbedrijven onder voorwaarden dus expliciet heeft toegestaan. Daarbij is het niet relevant of vergelijkbare activiteiten ook door derden worden aangeboden. Dit zou immers betekenen dat de vraag of een bepaalde commerciële activiteit voor het netwerkbedrijf verboden is, afhangt van de vraag of energiebedrijven daarmee concurrerende activiteiten uitvoeren. Dat is niet beoogd.
44. Van belang is voorts dat het verbod op nevenactiviteiten niet bedoeld is om concurrentievervalsing door commerciële activiteiten van het netwerkbedrijf te voorkomen. Om dit te voorkomen, bevatten de E-wet en Gaswet specifieke voorschriften die een netbeheerder verbieden om discriminatoir te handelen en – meer specifiek – om groepsmaatschappijen te bevoordelen boven anderen waarmee die groepsmaatschappij in concurrentie treedt.²⁵
45. Ten slotte wijst ACM erop dat de wetgever bij de totstandkoming van de WON onder ogen heeft gezien dat de verplichte splitsing tussen netbeheer enerzijds en productie, levering en handel in energie anderzijds, kan leiden tot een afname van de kredietwaardigheid van het resterende productie-, levering of handelsbedrijf, omdat de gereguleerde netbeheerder voor dat bedrijf niet langer als stabiliserende factor fungeert.²⁶ Door evenwel andere commerciële activiteiten binnen het netwerkbedrijf toe te blijven staan, heeft de wetgever daarmee ook onder ogen gezien dat de onderdelen van het netwerkbedrijf die deze commerciële activiteiten verrichten, mogelijk wel op deze wijze kunnen (blijven) profiteren van de aanwezigheid van de netbeheerder in de groep.

Conclusie beoordelingskader activiteiten HOOM, MPARE en EXE

46. Op grond van het bovenstaande toetst ACM de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE aan

²⁴ Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

²⁵ Zie onder meer de artikelen 23, tweede lid, en 24, tweede lid, E-wet en artikel 10, vierde lid, Gaswet respectievelijk artikel 18 E-wet en artikel 10d Gaswet. RWE heeft niet gesteld dat Liander discriminatoir handelt en/of HOOM, MPARE of EXE op enige manier bevoordeelt. De klacht van RWE bevat op dit vlak geen aanwijzingen. ACM heeft vooralsnog geen redenen te veronderstellen dat Liander discriminatoir handelt. In het hierna volgende gaat ACM derhalve niet in op dit punt.

²⁶ Kamerstukken II, 2004/05, 30 212, nr. 3, p. 33.

Besluit Openbaar

17/27

het volgende beoordelingskader. Commerciële nevenactiviteiten door netwerkbedrijven zijn *niet* toegestaan als deze activiteiten:

- (i) betrekking hebben op productie of levering van energie of handel daarin, of
- (ii) voor een netwerkbedrijf wezensvreemd/branchevreemd zijn, dat wil zeggen geen betrekking hebben op kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen en/of geen betrekking hebben op daaraan verwante dienstverlening, of
- (iii) (op andere wijze) potentieel strijdig zijn met het belang van het beheer van het net door de netbeheerder die onderdeel is van het netwerkbedrijf.²⁷

47. ACM zal dit kader hierna toepassen om te beoordelen of de commerciële activiteiten die Alliander ontplooit via HOOM, MPARE en EXE zijn toegestaan.

5.2.2 Beoordeling activiteiten HOOM, MPARE en EXE

HOOM

48. HOOM is een 100% dochter van Alliander en maakt deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook netbeheerder Liander behoort. HOOM geeft advies over maatregelen om energie te besparen, helpt bij de keuze van de dienstverlener die de energiebesparende maatregelen uitvoert, contracteert namens de woningeigenaar deze dienstverlener, begeleidt de uitvoering van de energiebesparende maatregelen en voert na realisatie twee kwaliteitscontroles uit.²⁸ HOOM is dus betrokken in de advies- en de uitvoeringsfase van deze energiebesparende maatregelen. De energiebesparende maatregelen die in het kader van HOOM op de website van Alliander worden genoemd, hebben in het bijzonder betrekking op woningisolatie (bodemisolatie, kruipruimte-isolatie, vloerisolatie, spouwmuurisolatie, dakisolatie, kierdichting, dubbel glas, hoog rendement ketel, zonnepanelen, zonneboiler, warmtepomp en douche warmteterugwinning).
49. Alliander stelt dat zij met HOOM zorgt voor een versnelling van het energiezuinig wonen in Nederland. Energiezuinig wonen draagt volgens Alliander bij aan het verminderen van de

²⁷ Artikel 17, derde lid, van de E-wet en 10b, derde lid, van de Gaswet noemen daarnaast als voorbeelden van handelingen die ontoelaatbaar zijn omdat zij strijdig kunnen zijn met het belang van netbeheer het verstrekken van financiering door de netbeheerder voor activiteiten van de groep en het zich aansprakelijk stellen door de netbeheerder voor schulden van de groep. Nu de klachten van RWE niet inhouden dat Liander dit in weerwil van deze bepalingen zou doen en ACM ook geen aanwijzingen heeft dat dit het geval is, heeft ACM daar voor de beslissing op het handhavingsverzoek van RWE geen onderzoek naar gedaan.

²⁸ Zie ook www.alliander.com/nl/activiteiten/nieuwe-markten/hoom en <http://www.maakjehuishoom.nl>.

Besluit Openbaar

18/27

piekbelasting in de netten en daarmee aan een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch functioneren van de energievoorziening, waaronder de door netbeheerder Liander N.V. (hierna: Liander) beheerde netten. Ter onderbouwing van deze stelling wijst Alliander onder meer op het Energierapport 2015 en het rapport "Maatschappelijke Kosten en Baten Intelligente Netten", opgesteld door CE Delft en KEMA.²⁹ Daarnaast geeft Alliander aan dat zij een model in ontwikkeling heeft, waarmee de invloed van verschillende energiebesparingssystemen op de maatschappelijke kosten in de hele keten kan worden gekwantificeerd. Uit de simulatie met dit model blijkt volgens Alliander dat woningsisolatie bij slecht geïsoleerde woningen kan leiden tot kostenbesparingen in de netten van Alliander in de orde van grootte van € 20 miljoen per jaar.

50. Op basis van het onderzoek naar de activiteiten van HOOM stelt ACM vast dat deze activiteiten niet bestaan in productie of levering van energie of handel daarin. ACM stelt voorts vast dat er onvoldoende grond is om deze activiteiten aan te merken als activiteiten die strijdig kunnen zijn met het belang van netbeheer. Naar het oordeel van ACM gaat het hier om activiteiten die kunnen kwalificeren als *aanverwante activiteiten* in de zin van artikel 17, derde lid, E-wet en 10b, derde lid, Gaswet. De activiteiten van HOOM richten zich op energiebesparing bij huiseigenaren. ACM acht voldoende aannemelijk dat energiebesparing door huiseigenaren kan leiden tot vermindering van de netbelasting. Daarmee kunnen in potentie investeringen in de capaciteit van de netten worden verminderd. De activiteiten van HOOM kunnen aldus (indirect) synergie opleveren voor het netbeheer. In de parlementaire geschiedenis van de WON zijn "*activiteiten die bijdragen aan een betrouwbare, duurzame, energiehuishouding (bij voorbeeld het geven van advies op het gebied van energie-milieuprestatienormen)*", genoemd als voorbeeld van toegestane nevenactiviteiten.³⁰ De activiteiten van HOOM kunnen daaronder worden geschaard. Gelet op het verband tussen de activiteiten van HOOM en de belasting van de netten, kan volgens ACM niet worden gesproken van activiteiten die wezensvreemd/branchevreemd zijn voor een netwerkbedrijf. Daarbij acht ACM van belang dat HOOM adviseert over de energiebesparende maatregelen en deze niet zelf uitvoert.
51. ACM heeft op dit moment voorts geen aanwijzingen dat de activiteiten van HOOM op enigerlei wijze strijdig kunnen zijn met het netbeheer, bijvoorbeeld doordat de omvang van deze activiteiten binnen Alliander de noodzakelijke focus op het netbeheer verstoort.

MPARE

52. MPARE is een 100% dochter van Alliander en maakt deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook netbeheerder Liander behoort.

²⁹ http://www.ce.nl/publicatie/maatschappelijke_kosten_en_baten_van_intelligente_netten/1236.

³⁰ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

Besluit Openbaar

MPARE biedt een platform (het 'HelloData-platform') waarop energiedata worden verzameld van individuele afnemers die daarmee hebben ingestemd. Via dit platform worden deze data doorgegeven aan de software van klanten van MPARE die op basis van deze data diensten verlenen aan afnemers die met die dienstverlening hebben ingestemd.

53. Gedurende het onderzoek is MPARE gestopt met de verkoop van hardware – de Energy Data Box – die bij afnemers op de P1-poort van de slimme meter geïnstalleerd kon worden om energiedata aan het platform te verzenden. Alliander stelt de ondersteuning van geïnstalleerde Energy Data Boxen binnenkort aan een derde over te dragen. Als reden hiervoor geeft Alliander dat MPARE onafhankelijk wil opereren naar alle aanbieders van databronnen.
54. Om de mogelijkheden van het 'HelloData-platform' te illustreren, heeft MPARE de applicaties 'Meterkast MPARE' en 'MPARE One' ontwikkeld. Alliander zal deze applicaties niet verder ontwikkelen en niet meer als demo ter beschikking te stellen zodra het aanbod van door derden ontwikkelde applicaties toeneemt. MPARE was en is volgens Alliander niet voornemens om volledig functionele eigen applicaties voor eindverbruikers te ontwikkelen en aan te bieden.
55. Alliander stelt dat zij met MPARE beoogt het gebruik van energiedata op een betrouwbare en gecontroleerde manier te stimuleren, opdat afnemers energietoepassingen en energie-applicaties van derden kunnen gebruiken zonder daarbij de controle over de distributie van hun eigen energiedata te verliezen. Daarmee geeft MPARE volgens Alliander mede invulling aan de opdracht in het Energieakkoord tot *"ontwikkeling en introductie van smart grids en de introductie van demand side management om een verschuiving in het vraagpatroon tot stand te brengen."*³¹ Deze activiteit draagt zo bij aan een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch functioneren van de energievoorziening, waaronder de door Liander beheerde netten, aldus Alliander. Alliander kan niet kwantificeren welk effect de activiteiten van MPARE naar verwachting hebben op de omvang van netinvesteringen.
56. Op basis van het onderzoek naar de activiteiten van MPARE stelt ACM vast dat deze activiteiten niet bestaan in productie of levering van energie of handel daarin. ACM stelt voorts vast dat er onvoldoende grond is om deze activiteiten aan te merken als activiteiten die strijdig kunnen zijn met het belang van netbeheer. Naar het oordeel van ACM gaat het hier om activiteiten die kunnen kwalificeren als *aanverwante activiteiten* in de zin van artikel 17, derde lid, E-wet en 10b, derde lid, Gaswet. Deze activiteiten betreffen het verzamelen van meetgegevens die MPARE met instemming van afnemers toegankelijk maakt voor derden die energie(besparings)diensten aanbieden aan die afnemers. Daarmee lijkt deze dienst op de wettelijke taak van netbeheerders om bij afnemers met een kleine aansluiting meetgegevens te verzamelen en deze door te geven

³¹ Energieakkoord voor duurzame groei, SER, september 2013, p. 88.

Besluit Openbaar

20/27

aan leveranciers en eventuele derden, alsmede deze gegevens afhankelijk van de ouderdom al dan niet tegen betaling beschikbaar te stellen.³²

57. Dit oordeel sluit aan bij de Visie Netwerkbedrijven, waarin meetdiensten worden genoemd als infrastructurele en aanverwante activiteiten:

"Meetdiensten die betrekking hebben op andere infrastructuren, zoals bijvoorbeeld het installeren van watermeters en het collecteren en communiceren van meetdata uit watermeters via de communicatie-infrastructuur die is aangelegd ten behoeve van meetdiensten voor elektriciteit en gas, kunnen worden aangeduid als 'infrastructurele of aanverwante activiteiten' die door een groepsmaatschappij van het netwerkbedrijf uitgevoerd mogen worden. Dit maakt het mogelijk dat alle activiteiten met betrekking tot het installeren, beheren en onderhouden van meters en het beschikbaar stellen van meetdata, ongeacht of deze activiteiten betrekking hebben op elektriciteit, gas of andere infrastructuren zoals bijvoorbeeld water, door één groepsmaatschappij binnen het netwerkbedrijf uitgevoerd kunnen worden. Hierdoor zijn synergievoordelen te behalen die ook ten goede komen aan het netbeheer. [...]
*Met aanverwante activiteiten wordt bedoeld op de dienstverlening ten behoeve van de genoemde infrastructurele voorzieningen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het aanbieden van meetdiensten. Daarbij gaat het om het installeren, beheren en uitlezen van meters die verbonden zijn aan de bovengenoemde infrastructuur [...]."*³³

58. Van activiteiten die voor een netwerkbedrijf wezensvreemd/branchevreemd zijn, is naar het oordeel van ACM geen sprake.

59. In aanvulling hierop overweegt ACM dat de activiteiten van MPARE, afhankelijk van de applicaties die derden ontwikkelen, zouden kunnen bijdragen aan de ontwikkeling van *demand side management*. Zoals in het Energieakkoord opgemerkt is dat, in combinatie met smart grids en de ontwikkeling van opslagcapaciteit, een mogelijkheid om het energiesysteem flexibeler te maken. Die flexibiliteit is nodig om de energie uit duurzame bronnen die een sterk fluctuerend, niet regelbaar aanbodpatroon hebben, goed te kunnen accommoderen. ACM is van mening dat de activiteiten van MPARE aldus kunnen worden beschouwd als "*activiteiten die bijdragen aan een betrouwbare, duurzame, energiehuishouding (bij voorbeeld het geven van advies op het gebied van energie-milieuprestatienormen)*", als genoemd in de parlementaire geschiedenis van de WON als voorbeeld van toegestane nevenactiviteiten.³⁴

60. ACM heeft op dit moment voorts geen aanwijzingen dat de activiteiten van MPARE op enigerlei

³² Zie artikel 26ab E-wet en artikel 13b Gaswet.

³³ Visie Netwerkbedrijven, p. 8-9 en 16-17.

³⁴ Kamerstukken II, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

Besluit Openbaar

wijze strijdig kunnen zijn met het netbeheer, bijvoorbeeld doordat de omvang van deze activiteiten binnen Alliander de noodzakelijke focus op het netbeheer verstoort.

EXE

61. EXE is een 100% dochter van Alliander en maakt deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook netbeheerder Liander behoort. EXE beoogt leveranciers van elektriciteit in staat te stellen om decentrale productie en verbruik op elkaar af te stemmen, door rechtstreekse uitwisseling van energie. EXE biedt daartoe drie diensten aan: *REX*, *Enwire* en *EOS*. De ontwikkeling van de applicatie voor *EOS* is volgens Alliander nog niet gestart; Alliander verwacht dat deze dienst **[Vertrouwelijk]** beschikbaar komt voor de markt. De genoemde diensten kunnen onafhankelijk van elkaar worden afgenomen. Voor alle diensten geldt dat deze in **[Vertrouwelijk]** nog geen betalende klanten hadden. Met de diensten *Enwire* en *REX* voert EXE met een beperkt aantal potentiële klanten pilotprojecten uit.
62. *REX* is een softwaredienst die klanten in staat stelt om de inschakeling van elektriciteitsverbruikende apparaten af te stemmen op marktprijzen voor elektriciteit. EXE beheert de software voor haar klanten. Dit kan een PV-partij zijn, een leverancier of een producent/verbruiker.
63. *Enwire* is een softwaredienst die energieleveranciers in staat stelt om onderlinge energietransacties tussen producenten en door hem beleverde consumenten administratief te verwerken. EXE beheert de software voor haar klanten.
64. *EOS* wordt een softwareplatform waarop energieleveranciers die een (lokale) energiemarkt willen opzetten, energietransacties van decentrale producenten (verkoop) en verbruikers (inkoop) kunnen verwerken. De producenten en verbruikers kunnen via een energieleverancier die gebruik maakt van *EOS* energie bij elkaar inkopen of aan elkaar verkopen, maar kunnen dit via die energieleverancier ook doen op de energiebeurzen (APX, Endex) of met andere marktpartijen. Elke individuele transactie wordt door en namens de energieleverancier in *EOS* verwerkt. Indien de transactie gebruik maakt van een handelsvloer, bijvoorbeeld de APX, treedt EXE voor die transactie op als middellijk vertegenwoordiger van de energieleverancier. Dit houdt in dat de transactie wordt aangegaan op naam van EXE, maar voor rekening en risico van de energieleverancier die deze transactie via *EOS* wil uitvoeren. EXE maakt hierbij gebruik van de tussenkomst van een handelshuis dat toegang heeft tot de handelsvloer en ten behoeve van de energieleverancier afrondingsfouten in de energieprogramma's compenseert via een 'over the counter'-contract met een ander energiebedrijf.

Besluit Openbaar

22/27

65. In voorbereiding op diensten die EXE met *EOS* wil aanbieden, heeft EXE TenneT TSO B.V. (hierna: TenneT) om een volledige erkenning als programma verantwoordelijke verzocht. EXE is per 1 juni 2015 als zodanig erkend. Alliander stelt dat EXE deze erkenning nodig heeft voor de toekomstige administratieve verwerking van de onderlinge rechtstreekse uitwisseling van verbruik en productie door (klein-)verbruikers die wordt gecoördineerd door de energieleverancier die *EOS* gebruikt. EXE zal de transacties die energieleveranciers voor hun afnemers via *EOS* verrichten, in de vorm van programma's doorgeven aan TenneT. Alliander heeft aangegeven dat EXE de onbalans(kosten) van de individuele programma's één-op-één zal doorgeven aan de afnemers van wie de programma's afkomstig zijn. EXE zal volgens haar geen portfoliowinsten behalen (door bundeling van individuele programma's) en EXE zal niet deelnemen aan de onbalanssystematiek door regel- of reservevermogen aan TenneT aan te bieden. Hetzelfde geldt volgens Alliander voor reconciliatie-verrekeningen. Voorts heeft Alliander laten weten dat EXE, als programmaverantwoordelijke, bij faillissement van de leverancier van grootverbruikers voor wie zij programma verantwoordelijk is, niet op grond van artikel 3.1d.4 van de Systeemcode Elektriciteit zal optreden als leverancier (*supplier of last resort*-regeling). Om dat te voorkomen, zal EXE een overeenkomst afsluiten met een derde partij (buiten Alliander) die in voorkomend geval de leveringsverplichting zal overnemen en uitoefenen.
66. Alliander stelt dat de diensten die EXE ontwikkelt erop gericht zijn vraag en aanbod op een zo decentraal mogelijk niveau op elkaar te laten aansluiten. Daardoor zou piekbelasting van het net kunnen worden verminderd, zou elektriciteit of gas over minder lange afstand getransporteerd hoeven worden en kan decentrale productie efficiënter worden opgevangen. De activiteiten van EXE zijn volgens Alliander aldus erop gericht bij te dragen aan een betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieu-hygiënisch verantwoord functioneren van de energievoorziening, waaronder de door Liander beheerde netten. Alliander kan niet kwantificeren welk effect de activiteiten van EXE naar verwachting hebben op de omvang van netinvesteringen.
67. Uit de informatie die Alliander heeft verschaft over *REX*, *Enwire* en *EOS* blijkt dat het hier gaat om diensten die nog in ontwikkeling zijn. Dit geldt het meest voor *EOS*, nu deze dienst nog niet voor de markt beschikbaar is. Feit is echter dat Alliander deze diensten ontwikkelt en daarmee reeds potentieel geïnteresseerde klanten benadert.³⁵ Daarmee verricht EXE ook op dit moment al handelingen en/of activiteiten die getoetst kunnen worden aan het verbod op nevenactiviteiten. Of deze diensten al commercieel beschikbaar zijn of niet, is niet bepalend voor de vraag of er sprake is van nevenactiviteiten; voldoende is dat EXE handelingen en/of activiteiten verricht. Vanzelfsprekend houdt een oordeel van ACM over activiteiten in

³⁵ Zie ook voetnoot 4.

Besluit Openbaar

ontwikkeling echter geen definitief oordeel in over de diensten die EXE in de toekomst, na verdere ontwikkeling, wil uitvoeren.

68. Op basis van het onderzoek naar de hierboven beschreven activiteiten van EXE, stelt ACM vast dat de diensten *REX*, *Enwire* en *EOS* op dit moment geen productie of levering van energie of de handel daarin inhouden. *REX* en *Enwire* zijn namelijk softwareproducten die levering of handel door anderen kunnen faciliteren. Voor *EOS* heeft ACM nader onderzocht hoe het verbod op handel en levering zich verhoudt tot (i) de volledige erkenning als programma verantwoordelijk, die EXE met het oog op deze dienst heeft verkregen, en (ii) het gegeven dat EXE zal optreden als middellijk vertegenwoordiger bij transacties die energieleveranciers met gebruikmaking van *EOS* via een energiebeurs doen.
69. ACM stelt voorop dat, zoals hiervoor opgemerkt, volgens de wetgever het faciliteren van een marktplaats niet onder handel valt, zolang degene die de marktplaats onderhoudt daarop geen eigen positie inneemt. Koopt of verkoopt een netwerkbedrijf dat een marktplaats onderhoudt voor eigen rekening en risico energie, dan zal in de regel sprake zijn van een overtreding van het groepsverbod, omdat dan sprake is van handel en/of levering.
70. Het hebben van een (volledige) erkenning als programmaverantwoordelijke brengt niet per definitie mee dat de houder van die erkenning handelt of levert. Programmaverantwoordelijkheid kan ook worden uitgeoefend, zonder voor eigen rekening en risico elektriciteit te kopen en/of te verkopen. In dat geval is de programmaverantwoordelijke niet meer dan een administratieve tussenschakel tussen een aangeslotene en TenneT.
71. Uit de informatie die Alliander heeft gegeven over *EOS* blijkt dat EXE op dit moment de programmaverantwoordelijkheid nog niet daadwerkelijk uitoefent. Voorts blijkt daaruit dat EXE niet voornemens is om voor eigen rekening en risico energie te kopen en/of verkopen. EXE zal via *EOS* individuele programma's van aangeslotenen doorgeven aan TenneT en zal de onbalans(kosten) van de individuele programma's die TenneT bij haar in rekening brengt, één-op-één doorberekenen aan de afnemers van wie de programma's afkomstig zijn. EXE zal volgens Alliander geen winst behalen uit de bundeling van individuele programma's – iets wat volgens ACM zou kunnen kwalificeren als handel als EXE dat wel zou doen.
72. Indien EXE overeenkomstig deze beschrijving onbalanskosten doorberekent, kan volgens ACM op voorhand niet worden gezegd dat er sprake is van koop of verkoop voor *rekening en risico* van EXE, d.w.z. een koop of verkoop waarbij EXE zelf een positie inneemt. Van belang is voorts dat Alliander heeft aangegeven dat EXE niet zal deelnemen aan de onbalanssystematiek door regel- of reservevermogen aan TenneT aan te bieden. Afgaande daarop kan ACM ook uit dien hoofde niet op voorhand vaststellen dat EXE zich zal inlaten met koop of verkoop van

Besluit Openbaar

24/27

elektriciteit van of aan TenneT.

73. Gelet op het voorgaande kan ACM nu niet vaststellen dat de wijze waarop EXE volgens Alliander haar erkenning als programma verantwoordelijke zal gaan uitoefenen, handel in en/of levering van energie zal inhouden. Aangezien EXE op dit moment haar programmaverantwoordelijkheid nog niet daadwerkelijk uitoefent, kan ACM geen definitief oordeel geven over de vraag of EXE door het uitoefenen van programmaverantwoordelijkheid in strijd met het groepsverbod handelt.
74. Hetzelfde geldt volgens ACM voor het gegeven dat EXE bij transacties die met gebruikmaking van EOS via een energiebeurs worden afgehandeld, zal optreden als middellijk vertegenwoordiger. Indien partijen via de software van EOS een transactie op een energiebeurs willen aangaan, zal EXE dat volgens Alliander slechts faciliteren door de desbetreffende partij onder haar naam toegang te geven tot de beurs. Ook in die gevallen zal EXE echter – afgaande op de toelichting van Alliander – niet voor eigen rekening en risico partij zijn bij de transactie.
75. In dit verband wijst ACM erop dat zij eerder, bij de certificering van TenneT en Gasunie Transport Services B.V. (hierna: GTS) als landelijk netbeheerders, heeft geoordeeld dat het feit dat onderdelen of deelnemingen van hun netwerkbedrijf een energiebeurs exploiteren (APX, Powernext S.A., ICE Endex), niet leidt tot strijd met het groepsverbod. In het certificeringsbesluit van TenneT heeft ACM bijvoorbeeld met betrekking tot APX Holding B.V. het volgende overwogen:
- “Ten tweede constateert ACM dat de zes dochtermaatschappijen van APX Holding B.V. allen de handel in elektriciteit faciliteren of zullen gaan faciliteren via beurzen. Deze beurzen fungeren als platform waarin vraag en aanbod bij elkaar worden gebracht en zijn zelf niet actief in de koop en verkoop van elektriciteit en/of gas. Deze activiteiten kunnen volgens ACM derhalve niet aangemerkt worden als levering of handel van elektriciteit of gas.”³⁶*
76. Aan dit oordeel stond niet in de weg dat APX Holding B.V., APX Balancing B.V. en APX Clearing B.V. een volledige erkenning als programma verantwoordelijke hebben.³⁷ In lijn

³⁶ Besluit certificering TenneT TSO B.V. van 18 december 2013, met kenmerk 103883_5/49, paragraaf 5.1, randnr. 58. In gelijke zin randnr. 78 en Besluit certificering Gasunie Transport Services B.V. van 18 december 2013, met kenmerk 103883_4/59, paragraaf 5.3, randnr. 59, met daarin verwijzing naar gelijkloidend oordeel van de Europese Commissie in haar advies ten aanzien van het conceptbesluit van de Deense energietoezichthouder DERA over de certificering van Energinet.dk (advies d.d. 9 januari 2012 met kenmerk C(2012) 88 final).

³⁷ Zie voorts onder meer: Advies DTe aan de Minister van Economische zaken omtrent het verzoek tot instemming met de aanwijzing van Gas Transport Services B.V. als netbeheerder van het landelijk gastransportnet van 5 januari 2005,

Besluit Openbaar

25/27

hiermee kan ACM niet op voorhand al vaststellen dat de werkwijze van EXE handel en of levering in strijd met groepsverbod zal inhouden, aangezien Alliander stelt dat EXE niet voor eigen rekening of risico transacties zal aangaan, maar enkel handel wil faciliteren door via haar software daarvoor een marktplaats aan te bieden.

77. ACM stelt voorts vast dat er onvoldoende grond is om deze activiteiten van EXE aan te merken als activiteiten die strijdig kunnen zijn met het belang van netbeheer. Naar het oordeel van ACM kunnen de activiteiten van EXE kwalificeren als aanverwante activiteiten in de zin van artikel 17, derde lid, E-wet en 10b, derde lid, Gaswet. Van belang hiervoor is dat *REX*, *Enwire* en *EOS* erop gericht zijn om decentrale productie en verbruik op elkaar af te stemmen, door software aan te bieden die de rechtstreekse uitwisseling van energie faciliteert. Met *REX* wordt voorts *demand side management* mogelijk, wat kan bijdragen aan een verschuiving in het vraagpatroon. ACM onderschrijft de stelling van Alliander dat afstemming van decentrale productie en verbruik tot verminderde netbelasting kan leiden. Indien een decentrale piek in de productie kan worden opgevangen door decentraal verbruik – of vice versa – zal dat tot gevolg kunnen hebben dat de daarbij betrokken energie over een minder grote afstand in het net hoeft te worden getransporteerd. Of dit effect zich ook daadwerkelijk voordoet, is evenwel sterk afhankelijk van de netconfiguratie in de zone waar de decentrale afstemming plaatsvindt.³⁸ Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van deze diensten is echter van belang dat zij in potentie synergie opleveren voor het netbeheer, doordat zij tot een reductie van de netbelasting kunnen leiden. Daarmee kunnen deze diensten mogelijk tot vermindering van investeringen in de capaciteit van de netten leiden. Oogmerk van Alliander is mede, zo begrijpt ACM, om met deze diensten te kunnen vaststellen of en hoe decentrale productie in het net kan worden geacommodeerd met zo min mogelijk netverzwaring. Gelet hierop is ACM van mening dat deze diensten kunnen worden beschouwd als "*activiteiten die bijdragen aan een betrouwbare, duurzame, energiehuishouding (bij voorbeeld het geven van advies op het gebied van energie-milieuprestatienormen)*", als genoemd in de parlementaire geschiedenis van de WON als voorbeeld van toegestane nevenactiviteiten.³⁹ Gezien het (potentiële) verband tussen de diensten die EXE aanbiedt of wil gaan aanbieden en de belasting van de netten, kan volgens ACM niet gesproken worden van activiteiten die wezensvreemd/branchevreemd zijn voor een netwerkbedrijf.

78. ACM heeft ten slotte op dit moment geen aanwijzingen dat de activiteiten van EXE op enigerlei

met kenmerk 101832; Een toezichtmodel voor de Nederlandse stroom- en gasbeurzen, Advies DTe aan de Minister van Economische Zaken, september 2005.

³⁸ Zo zal dit effect naar verwachting van ACM minder groot zijn, naarmate het netstuk waarbinnen decentrale productie en decentraal verbruik worden afgestemd meer verbindingen heeft met de rest van het net.

³⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 212, nr. 29, p. 2-3.

Besluit Openbaar

wijze strijdig kunnen zijn met het netbeheer, bijvoorbeeld doordat de omvang van deze activiteiten binnen Alliander de noodzakelijke focus op het netbeheer verstoort.

Conclusie HOOM, MPARE en EXE

79. Op basis van dit onderzoek komt ACM tot de conclusie dat op dit moment niet gezegd kan worden dat de activiteiten van HOOM, MPARE en EXE leiden tot overtreding van het groepsverbod of het verbod op nevenactiviteiten. Voor zover deze diensten nog in ontwikkeling zijn, plaatst ACM hierbij uitdrukkelijk het voorbehoud dat zij op dit moment niet definitief kan beoordelen of de verdere ontwikkeling en/of daadwerkelijke uitvoering van deze diensten een overtreding oplevert.
80. Nu ACM geen overtredingen heeft geconstateerd, ziet ACM geen grond om handhavend op te treden.

Besluit
Openbaar

6 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt wijst het handhavingsverzoek van RWE Benelux Holding B.V. jegens Alliander N.V. af voor zover dit zich richt op de activiteiten van HOOM B.V. en Energy Exchange Enablers B.V..

Voorzover het handhavingsverzoek van RWE Benelux Holding B.V. zich richt tegen de activiteiten van MPARE B.V. neemt de Autoriteit Consument en Markt daarop geen besluit, nu RWE Benelux Holding B.V. in zoverre geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. P.J.H. Benner
Teammanager

27/27



Bijlage 1: Notitie Visie Netwerkbedrijven Elektriciteit en Gas

NOTITIE

VISIE NETWERKBEDRIJVEN ELEKTRICITEIT EN GAS

Ministerie van Economische Zaken
Juli 2008

INHOUD

1. Inleiding	3
2. Wettelijk kader	5
2.1. De Gaswet en Elektriciteitswet 1998	5
2.2. Wat een netbeheerder zelf moet doen	6
2.3. Wat een netwerkbedrijf niet mag doen	7
2.4. Meetdiensten	8
3. Visie netwerkbedrijven	10
3.1. Publieke belangen als uitgangspunt	10
3.2. Publiek/privaat evenwicht	10
3.3. Acht ijkpunten	12
4. Toetsingskader nevenactiviteiten	13
4.1. Inleiding	13
4.2. Toetsingskader regionale netwerkbedrijven	14
4.3. Toetsingskader landelijke netwerkbedrijven	19

1. INLEIDING

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (hierna: WON) is veel gediscussieerd over de vraag wat bedrijven waartoe de beheerder van een netwerk voor elektriciteit of gas behoort, wel en niet mogen doen.¹ De gewenste onafhankelijkheid van het netbeheer pleit voor een zo zuiver mogelijk profiel van het netwerkbedrijf, met het netbeheer als duidelijke kerntaak. Het is echter ook belangrijk dat het netwerkbedrijf als bedrijf kan opereren en mogelijke synergie met andere activiteiten goed kan benutten ten bate van de afnemer.

De parlementaire discussie heeft geleid tot aanpassing en aanvulling van de WON, en daarmee van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998. De meeste bepalingen van de WON treden op 1 juli 2008 in werking. Netbeheerders die voor dat tijdstip zijn aangewezen moeten vóór 1 januari 2011 voldoen aan het nieuwe wettelijke kader, met inbegrip van de bepalingen over het netwerkbedrijf. Dit wettelijk kader is richtinggevend voor de vraag welke activiteiten wel en niet mogen worden uitgevoerd door een netwerkbedrijf. Een nadere uitwerking van het wettelijk kader is gewenst, zodat antwoord kan worden gegeven op concrete vragen die bedrijven hebben, mede in verband met de ontvlechting van de geïntegreerde bedrijven als gevolg van de WON. Met het oog hierop is deze notitie opgesteld.

In verband met deze nadere uitwerking is het onderscheid tussen een netbeheerder en een netwerkbedrijf van belang. De netbeheerder is de rechtspersoon die op grond van de wet is aangewezen als beheerder van een elektriciteits- of gasnet. Met het netwerkbedrijf wordt de groep bedoeld waartoe de netbeheerder behoort. In deze notitie wordt de term netwerkbedrijf toegepast voor de groep, inclusief de netbeheerder. Als het netwerkbedrijf met uitzondering van de netbeheerder wordt bedoeld, wordt in deze notitie de term groepsmaatschappijen gebruikt. De activiteiten die door groepsmaatschappijen van de netbeheerder worden verricht, worden in deze notitie als nevenactiviteiten aangemerkt. Overigens zij hier opgemerkt dat een netbeheerder niet per definitie onderdeel uit hoeft te maken van een groep. Een netbeheerder kan als zelfstandig bedrijf opereren.

In hoofdstuk 2 van deze notitie wordt het wettelijk kader geschetst. Daarbij wordt ook nader ingegaan op wat netbeheerders zelf moeten doen en wat netwerkbedrijven in ieder geval niet mogen doen. Na deze afbakening resteert een 'grijs gebied' dat nader wordt afgebakend. In hoofdstuk 3 wordt daartoe eerst een algemene visie gegeven op de netwerkbedrijven voor elektriciteit en gas. Deze visie vormt de basis voor de nadere uitwerking in hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van twee toetsingskaders

¹ Zie de Kamerstukken 30 212.

voor respectievelijk de regionale en de landelijke netwerkbedrijven duidelijk gemaakt welke nevenactiviteiten wel en niet uitgevoerd mogen worden door deze bedrijven.

Deze notitie is in overleg met de NMa en na consultatie van de betrokken netwerkbedrijven en hun belangenvereniging tot stand gekomen. De notitie dient als richtlijn bij het toezicht dat de minister en de NMa op de grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet uitoefenen.

2. WETTELIJK KADER

2.1 De Gaswet en de Elektriciteitswet 1998

Publieke belangen

De borging van een betrouwbare, betaalbare en schone gas- en elektriciteitsvoorziening is het hoofddoel van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998. De gas- en elektriciteitsnetten spelen daarbij een cruciale rol. Het waarborgen van de kwaliteit van deze netten en het zorg dragen voor een zo efficiënt mogelijk netbeheer vormen daarom ook de kern van beide wetten. In beide wetten zijn regels opgenomen over onder andere de aanwijzing, onafhankelijkheid, eigendom en regulering van de netbeheerders.

Aanwijzing

In de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is bepaald dat het beheer van de elektriciteits- en gasnetten een exclusieve taak is van de daarvoor aangewezen netbeheerder. De netbeheerder wordt door de eigenaar van het net aangewezen voor een periode van 10 jaar. De aanwijzing behoeft de instemming van de minister van EZ en de minister kan voorschriften verbinden aan de instemming. Indien een netbeheerder in gebreke blijft kan de NMa sancties opleggen. De minister kan de netbeheerder opdragen voorzieningen te treffen. Indien de netbeheerder daar niet aan voldoet kan de minister de aanwijzing vervallen verklaren of een 'stille curator' aanwijzen.

Onafhankelijkheid

De onafhankelijkheid van het netbeheer is van begin af aan een centraal element geweest in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Met de inwerkingtreding van de WON is dit verder aangescherpt en mag de netbeheerder vanaf 1 juli 2008 geen deel meer uitmaken van een groep waarin ook productie, handel of levering van elektriciteit of gas plaats vindt. Voor de netbeheerders die reeds voor de inwerkingtreding van de WON waren aangewezen, is er een overgangsperiode tot 1 januari 2011. De netbeheerder en de daarmee verbonden groepsmaatschappijen mogen vanaf genoemde data ook geen aandelen hebben in een producent, handelaar of leverancier van elektriciteit of gas en vice versa. Verder zijn beperkingen gesteld aan de banden die de leden van de raad van bestuur en een meerderheid van de leden van de raad van commissarissen van het netwerkbedrijf met derden mogen hebben. Daarnaast zijn meer specifieke bepalingen in de wetten opgenomen, die eveneens een zo groot mogelijke onafhankelijkheid van het netbeheer beogen te bevorderen. Zo is bepaald dat de netbeheerder met hem verbonden groepsmaatschappijen op geen enkele manier mag bevoordelen boven andere marktpartijen.

Eigendom

Wettelijk is vastgelegd dat de economische eigendom van de regionale netten bij de netbeheerders dient te berusten. Hiernaast geldt dat iedere wijziging met betrekking tot de economische of juridische eigendom van een net of van de aandelen van een netbeheerder de instemming van de minister behoeft. Bij lagere regeling is bepaald dat geen instemming wordt verleend indien de wijziging er toe zou leiden dat aandelen of eigendom buiten de kring van de overheid of van publieke aandeelhouders zouden komen te berusten. Voor de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet is in de wet expliciet bepaald dat de aandelen direct of indirect dienen te berusten bij de Staat.

Regulering

Naast bovenomschreven bepalingen bevatten de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet een groot aantal regels over de tarieven en de voorwaarden die netbeheerders dienen te hanteren. Het uitgangspunt daarbij is dat netbeheerders een voorstel voor de tariefstructuren en de voorwaarden doen en dat deze vervolgens door de NMa worden vastgesteld. De tarieven en voorwaarden zijn gericht op een zo hoog mogelijke netkwaliteit tegen zo laag mogelijke kosten. Om tot een zo objectief mogelijke vaststelling van de tarieven te komen zijn netbeheerders verplicht om een afzonderlijke boekhouding te voeren voor de activiteiten die zij in het kader van hun wettelijke taak als netbeheerder uitvoeren.

2.2 Wat een netbeheerder zelf moet doen

Wit, zwart en grijs

Wat netbeheer omvat is gedetailleerd vastgelegd in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Netbeheerders moeten hun kerntaken in beginsel zelf uitvoeren en alleen onder een aantal strikte voorwaarden is uitbesteding van bepaalde taken toegestaan. Deze paragraaf schetst wat een *netbeheerder* zelf moet doen ('wit'). Dit impliceert dat deze werkzaamheden niet door een groepsmaatschappij of derden uitgevoerd mogen worden. In beide wetten is ook bepaald dat een *netwerkbedrijf* bepaalde activiteiten niet mag uitvoeren ('zwart'). Daar wordt in paragraaf 2.3 nader op ingegaan. Er resteert een 'grijs' gebied (betreffende nevenactiviteiten) dat nader wordt uitgewerkt in hoofdstuk 4.²

Netten in werking hebben en onderhouden

De kern van de wettelijke taken van de netbeheerders bestaat uit het in werking hebben en onderhouden van de netten die zij beheren. Het betreft werkzaamheden die het beheer van de netten zelf betreffen, zoals aanleg, onderhoud, aansluitingen, koppelingen, kwaliteitszorg en transport. Daarnaast hebben netbeheerders een aantal

² Ingevolge de overgangsbepalingen uit de WON zijn in de praktijk (tijdelijke) uitzonderingen mogelijk als gevolg van in het verleden afgesloten Cross Border Lease contracten.

taken dat daarmee verband houdt (zie hieronder). Overigens is in de wetten een onderscheid gemaakt tussen de taken van de beheerders van regionale netten en die van de beheerders van de landelijke netten. Laatstgenoemde netbeheerders hebben van de wetgever extra taken opgelegd gekregen die verband houden met de systeemverantwoordelijkheid van deze netbeheerders.

Andere beheertaken

Aan netbeheerders zijn in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet tal van taken opgedragen die niet het netbeheer in enge zin betreffen. Voor de Elektriciteitswet 1998 betreft het de zorg voor noodleveranties, de zorg voor de veiligheid bij gebruik van elektrische apparaten en installaties en taken op het terrein van elektriciteit die duurzaam of door middel van warmtekrachtkoppeling is opgewekt. Verder zijn specifiek aan de landelijke netbeheerder taken opgedragen ten aanzien van de leveringszekerheid en de milieukwaliteit van de elektriciteitsvoorziening. Ingevolge de Gaswet hebben regionale netbeheerders naast de typische beheertaken ook tot taak zonodig zorg te dragen voor noodleveranties. De landelijke netbeheerder heeft tot taak zorg te dragen voor leverings- en transportzekerheid, een planmatig beheer van gasvoorkomens, bijmenging van gas en flexibiliteitsdiensten.

2.3 Wat een netwerkbedrijf niet mag doen

Strategische taken netbeheerder

In de WON is bepaald dat de netbeheerder alleen bepaalde werkzaamheden – zoals feitelijke aanleg, onderhoud en reparatie van het net – kan uitbesteden. De netbeheerder moet zijn ‘strategische’ taken zelf uitvoeren. Maatschappijen die met de netbeheerder in een groep zijn verbonden, mogen deze strategische taken dus niet uitvoeren. De NMa stelt binnen het wettelijke kader (de bepaling over hetgeen kan worden uitbesteed) vast wat precies de strategische taken zijn.³

Productie, handel en levering

Daarnaast bevat de WON het groepsverbod. Het groepsverbod bepaalt dat binnen het netwerkbedrijf geen productie, handel en/of levering van elektriciteit of gas plaats mag vinden. Ook het omgekeerde geldt: de aanwijzing van een netbeheerder kan niet aan de orde zijn indien binnen de groep productie, handel en/of levering van elektriciteit of gas plaatsvindt. Ook mogen er geen aandelen over en weer gehouden worden. Derhalve is van belang te beoordelen of werkzaamheden als productie, handel en/of levering van elektriciteit of gas kunnen worden aangemerkt. Onder meer kan worden vastgesteld dat van handel geen sprake is bij aankoop van elektriciteit of gas voor eigen gebruik of bij het (louter) onderhouden van een marktplaats, ter facilitering van de handel. Ook bij de

³ NMa, *Richtsnoeren inzake toezicht op artikel 16Aa van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 7a van de Gaswet*, juni 2008.

balanshandhaving voor het gas- of elektriciteitsnet - een wettelijke taak - kan niet worden gesproken van productie, handel en/of levering van elektriciteit of gas.

Strijdige handelingen of activiteiten

Ingevolge de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 mogen groepsmaatschappijen in een netwerkbedrijf geen handelingen of activiteiten verrichten die strijdig zijn met het belang van het netbeheer. Voor de landelijke netwerkbedrijven is deze bepaling niet verder wettelijk ingevuld; voor de regionale netwerkbedrijven in beperkte mate.

Strijdig zijn in het geval van de regionale netwerkbedrijven in ieder geval handelingen of activiteiten die niet op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten. Ook geldt in dit verband dat de netbeheerder geen zekerheden mag verstrekken voor de financiering van activiteiten van groepsmaatschappijen en zich niet aansprakelijk mag stellen voor schulden van groepsmaatschappijen. Uitgezonderd zijn de situaties waarin dit gebeurt voor handelingen of activiteiten die de netbeheerder zelf mag verrichten of wanneer het anderszins verband houdt met netbeheer of geschiedt om te voldoen aan voorwaarden in verband met de toepassing van wettelijke bepalingen. In hoofdstuk 4 van deze notitie wordt een en ander verder uitgewerkt.

2.4 Meetdiensten

Voor wat betreft de meetdiensten (installeren, beheren en onderhouden van meters en het beschikbaar stellen van meetdata) is de situatie op dit moment complex, onder andere vanwege de beoogde wijziging van de ordening en regulering van de metermarkt en de gefaseerde invoering van slimme meters voor elektriciteit en gas. Er is daarnaast een onderscheid tussen gereguleerde (kleinverbruikersmarkt) en niet-gereguleerde (grootverbruikersmarkt) meetdiensten. Verder is een onderscheid te maken tussen meetdiensten voor gas en elektriciteit en andere meetdiensten, die bijvoorbeeld betrekking hebben op water.

De thans gereguleerde meetdiensten voor elektriciteit (d.w.z. het desgevraagd installeren van een elektriciteitsmeter bij een afnemer en het in bepaalde gevallen verrichten van metingen) zijn niet aan te merken als strategische taken. Uitbesteding binnen de groep of aan derden is daarom mogelijk. Meetdiensten die betrekking hebben op andere infrastructuren, zoals bijvoorbeeld het installeren van watermeters en het collecteren en communiceren van meetdata uit watermeters via de communicatie-infrastructuur die is aangelegd ten behoeve van meetdiensten voor elektriciteit en gas, kunnen worden aangeduid als 'infrastructurele of aanverwante activiteiten' die door een groepsmaatschappij van het netwerkbedrijf uitgevoerd mogen worden. Dit maakt het mogelijk dat alle activiteiten met betrekking tot het installeren, beheren en onderhouden

van meters en het beschikbaar stellen van meetdata, ongeacht of deze activiteiten betrekking hebben op elektriciteit, gas of andere infrastructuren zoals bijvoorbeeld water, door één groepsmaatschappij binnen het netwerkbedrijf uitgevoerd kunnen worden. Hierdoor zijn synergievoordelen te behalen die ook ten goede komen aan het netbeheer. Uiteraard dient de uitbesteding van meetdiensten door de netbeheerder aan een groepsmaatschappij of een derde partij wel transparant en volgens de geldende regels plaats te vinden, zodat een goed toezicht door de NMa mogelijk blijft.

3. VISIE NETWERKBEDRIJVEN

3.1 Publieke belangen als uitgangspunt

Inleiding

De in hoofdstuk 2 van deze notitie gegeven schets van het wettelijk kader maakt genoegzaam duidelijk welk belang de wetgever hecht aan een goed en onafhankelijk beheer van de elektriciteits- en gasnetten. Dit wettelijk kader en de daaraan ten grondslag liggende publieke belangen zijn het uitgangspunt bij de visie op de netwerkbedrijven. De hoofdlijnen van deze visie zijn ook geschetst in het Energierapport 2008 waarin ook wordt ingegaan op de uitdagingen waarvoor de netwerkbedrijven staan met het oog op de transitie naar een duurzame energiehuishouding.⁴

Vitale infrastructuur

Om goed te kunnen functioneren zijn burgers en bedrijven zeer afhankelijk van elektriciteit en gas. Een betrouwbare elektriciteits- en gasvoorziening tegen zo laag mogelijke kosten is dan ook van groot publiek belang. De elektriciteits- en gasnetten zijn essentiële onderdelen van de energievoorziening. Deze netten zijn in het kader van het nationale veiligheidsbeleid aangemerkt als vitale infrastructuur. Een ongestoorde levering van elektriciteit en gas is immers van evident belang voor de economie en de samenleving als geheel.

Natuurlijk monopolie

De elektriciteits- en gasnetten hebben in economische zin het karakter van een natuurlijk monopolie. Het is namelijk meestal niet rendabel om naast de bestaande netten een concurrerend net aan te leggen. Daarom moet worden verzekerd dat marktpartijen vrije toegang tot de netten hebben. Onafhankelijk beheer van de netten is daarvoor cruciaal. Onafhankelijk netbeheer is ook de beste garantie voor een goede kwaliteit van het net(beheer) en zorgt daarnaast voor transparantie richting de toezichthouder en marktpartijen.

3.2 Publiek/privaat evenwicht

Onafhankelijkheid en synergie

Zoals in de inleiding is aangestipt heeft tijdens de parlementaire behandeling van de WON een uitvoerige discussie plaatsgevonden over de vraag of een netbeheerder deel mag uitmaken van een groep, en zo ja, welke activiteiten onder welke voorwaarden in die groep uitgevoerd mogen worden (productie, handel en levering van elektriciteit of gas daargelaten). In het parlement is door sommige partijen betoogd dat het, gelet op het

⁴ Ministerie van Economische Zaken, *Energierapport 2008*, juni 2008 (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 510, nr. 1)

belang van een goed netbeheerder, het beste zou zijn als een netbeheerder geheel zelfstandig zou zijn. Van de zijde van de minister is echter aangegeven dat een dergelijke, verdergaande eis aan de onafhankelijkheid van het netbeheer niet proportioneel zou zijn. De minister heeft betoogd dat met het oog op synergievoordelen groepsvorming mogelijk moet blijven, waarbij echter geen wezensvreemde (neven)activiteiten uitgevoerd mogen worden door de groepsmaatschappijen. Uiteindelijk heeft deze discussie geresulteerd in de aanpassing van de artikelen 17 en 10b in respectievelijk de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, waarop in hoofdstuk 4 nader wordt ingegaan.

Potentiële strijdigheid met het belang van het netbeheer

Netbeheerders mogen weliswaar binnen een groep opereren, maar de uitvoering van de wettelijke taak mag hierdoor niet in het gedrang komen. De wettelijke bepalingen over nevenactiviteiten stellen voorop dat deze niet in strijd moeten *kunnen* zijn met het belang van het netbeheer. Ook als nevenactiviteiten potentieel strijdig zijn met het belang van het netbeheer, zijn ze niet toegestaan. Het is van belang zoveel mogelijk te bepalen welke nevenactiviteiten niet zijn toegestaan en welke wel zijn toegestaan.

Ten aanzien van regionale netbeheerders worden onder meer “wezensvreemde” nevenactiviteiten als strijdig gekwalificeerd. “Verwante” nevenactiviteiten zijn in beginsel toegestaan, omdat ze de uitvoering van de wettelijke taak kunnen bevorderen. Meer in het algemeen kan men stellen dat nevenactiviteiten die direct of indirect bijdragen aan de uitvoering van de wettelijke taak van de netbeheerder, om die reden in beginsel niet strijdig zijn met het belang van het netbeheer. Voor nevenactiviteiten die niet aan dit criterium voldoen, zal van geval tot geval moeten worden bezien of sprake is van potentiële strijdigheid.

Bij de beoordeling of nevenactiviteiten zijn toegestaan staat voorop dat netwerkbedrijven voor elektriciteit en gas publieke ondernemingen zijn waarvan de kerntaak de uitvoering van wettelijke taken is en moet blijven.⁵ Zoals “wezensvreemde” nevenactiviteiten gemakkelijk ten koste gaan van het netbeheer, is dat ook het geval indien het grootste deel van de omzet van het netwerkbedrijf uit nevenactiviteiten wordt gegenereerd. Alleen al door de omvang kunnen nevenactiviteiten binnen de groep van het netwerkbedrijf een dominante factor worden waardoor de uitvoering van de wettelijke taak gemakkelijk wordt doorkruist. Ook dan is sprake van potentiële strijdigheid met het belang van het netbeheer.

⁵ Onder het begrip ‘publieke onderneming’ wordt in dit verband een onderneming verstaan die wettelijke taken uitvoert en waarvan de aandelen direct of indirect berusten bij de overheid.

3.3 Acht ijkpunten

De visie op de netwerkbedrijven is samen te vatten in achtt ijkpunten die de basis vormen voor het toetsingskader dat in hoofdstuk 4 wordt uitgewerkt:

1. De kwaliteit van de elektriciteits- en gasnetten moet altijd geborgd zijn tegen zo laag mogelijke kosten. De toezichthouder moet daar effectief op toe kunnen zien;
2. Het netbeheer dient altijd volledig onafhankelijk van productie, handel en/of levering van elektriciteit of gas plaats te vinden en dient transparant te zijn. De toezichthouder moet daar effectief op toe kunnen zien;
3. De netbeheerder dient altijd te beschikken over voldoende eigen financiële middelen om zijn wettelijke taken adequaat uit te voeren. Het buitenproportioneel belenen van de netbeheerder is ontoelaatbaar;⁶
4. De eigendom van de aandelen in een netwerkbedrijf dient direct of indirect te berusten bij de overheid. Waar nodig en mogelijk dienen de bevoegdheden van de aandeelhouders benut te worden om publieke belangen te borgen;⁷
5. De kerntaak van een netwerkbedrijf is het beheer van de elektriciteits- en/of gasnetten en de uitvoering van alle daarmee samenhangende wettelijke taken en activiteiten. Nevenactiviteiten van het netwerkbedrijf dienen naar aard en omvang in beginsel ondergeschikt te zijn aan de activiteiten ingevolge deze kerntaak;
6. Met het oog op de gewenste transitie naar een duurzame energiehuishouding worden netwerkbedrijven niet belemmerd in het ondernemen van activiteiten die – voor zover passend in het wettelijk kader en rekening houdend met de andere ijkpunten – bijdragen aan deze transitie. Er moet ruimte zijn om te ondernemen en te innoveren;
7. Een netwerkbedrijf moet als bedrijf kunnen functioneren. De belangen van de afnemers (de aangeslotenen) staan daarbij centraal. In beginsel is het uitvoeren van nevenactiviteiten die een commercieel karakter hebben toegestaan, mits deze direct of indirect bijdragen aan de uitvoering van de wettelijke taak;
8. De beheerders van de landelijke netten hebben naast de verantwoordelijkheid voor het beheer van deze netten een bredere systeemverantwoordelijkheid. Onder andere deze bredere verantwoordelijkheid rechtvaardigt dat de beheerders van de landelijke netten meer nevenactiviteiten dan regionale netbeheerders mogen verrichten.

⁶ Zie ook de kamerbreed aanvaarde motie Samsom cs. inzake overbelening van de netbeheerders (Kamerstukken II, 2007 – 2008, 30 212, nr. 70).

⁷ Ministerie van Financiën, *Nota Deelnemingenbeleid*, december 2007 (Kamerstukken II, 2007 – 2008, 28 165, nr. 69). Zie ook het rapport *Publiek Aandeelhouderschap Energiebedrijven* dat op 26 juni 2008 door de gelijknamige commissie is uitgebracht.

4 TOETSINGSKADER NEVENACTIVITEITEN

4.1 Inleiding

Nevenactiviteiten

Dit hoofdstuk beoogt met behulp van een toetsingskader meer duidelijkheid te bieden over de activiteiten die mogen worden uitgevoerd door de groepsmaatschappijen van de netbeheerder (nevenactiviteiten). Het hiervoor geschetste wettelijk kader en de visie op hoofdlijnen zijn daarbij het uitgangspunt. Gelet op de verschillende rollen van de regionale netwerkbedrijven en landelijke netwerkbedrijven wordt voor elk van deze categorieën een apart toetsingskader geschetst.

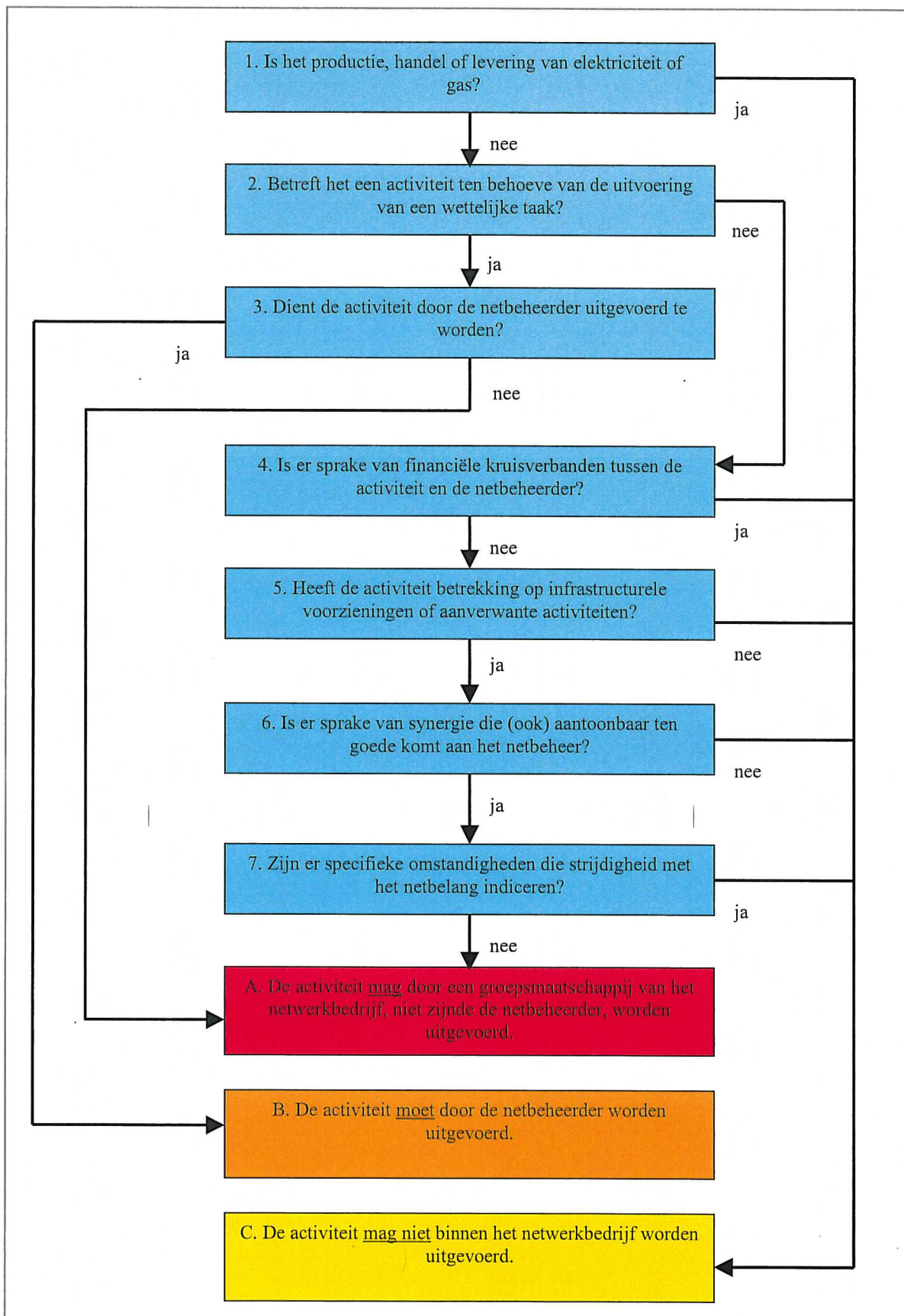
Toetsingskader

Het toetsingskader heeft de vorm van een stroomschema aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een activiteit door een groepsmaatschappij van het netwerkbedrijf mag worden uitgevoerd of niet. De beide stroomschema's (voor respectievelijk de regionale en de landelijke netwerkbedrijven) worden stapsgewijs toegelicht. In die toelichting worden concrete voorbeelden genoemd, die zijn aangedragen door de bedrijven in de schriftelijke informatieronde die aan het opstellen van deze notitie vooraf is gegaan.

Verdere vormgeving toezicht

Het toetsingskader is mede bedoeld om bedrijven op hoofdlijnen houvast en richting te geven. Ongetwijfeld zijn er activiteiten te bedenken waarvan ook met behulp van het toetsingskader nog niet direct duidelijk is of deze als nevenactiviteit zijn toegestaan of niet. Ook zullen technologische of marktontwikkelingen kunnen leiden tot nieuwe activiteiten die zich niet zonder meer laten passen in dit toetsingskader. Het is niet de bedoeling nu precies vast te leggen welke nevenactiviteiten wel zijn toegestaan en welke niet. Daarmee zou voorbij worden gegaan aan de dynamiek die er is op de markten waarin netwerkbedrijven opereren. Bovendien is het aan de NMa nader vorm te geven aan haar toezichthoudende taak en in concrete situaties te beslissen of iets is toegestaan of niet.

4.2 Toetsingskader regionale netwerkbedrijven



Onderstaand wordt het toetsingskader voor de regionale netwerkbedrijven stapsgewijs toegelicht waarbij de stappen verwijzen naar de genummerde tekstvakken in het schema.

Stap 1

Volgens artikel 10b van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c van de Gaswet mag in de groep waartoe de netbeheerder behoort geen productie, handel of levering van elektriciteit of gas plaatsvinden. Dit geldt ook voor kleinschalige en/of duurzame productie van elektriciteit of gas. Uit de wetgevingsgeschiedenis van de WON blijkt dat onder productie, handel of levering van elektriciteit of gas niet activiteiten worden verstaan ten behoeve van het eigen gebruik (verlichting en verwarming van gebouwen etc.), de inkoop van gas of elektriciteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak zoals bijvoorbeeld balanshandhaving, het compenseren van netverliezen en het in bezit hebben en gebruiken van noodstroomfaciliteiten.

Stap 2

In artikel 16 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10 van de Gaswet zijn de taken van de regionale netbeheerders vastgelegd. De werkzaamheden voor de uitvoering van deze taken dient de netbeheerder conform respectievelijk artikel 16Aa, lid 1, Elektriciteitswet 1998, en artikel 7a, lid 1, Gaswet, zelf uit te voeren. In stap 2 moet duidelijk worden of er sprake is van een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak of niet. De NMa heeft dit nader uitgewerkt in richtsnoeren (zie voetnoot 3). Indien de activiteit niet bedoeld is om een wettelijke taak uit te voeren, kan vanaf stap 4 beoordeeld worden of deze wel door een groepsmaatschappij mag worden uitgevoerd. Indien het wel een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak betreft, moet eerst beoordeeld worden of uitbesteding is toegestaan (stap 3).

Stap 3

Wettelijke taken moeten in beginsel door de netbeheerder zelf worden uitgevoerd. Wel is het mogelijk taken in samenwerking met een andere wettelijk aangewezen netbeheerder uit te voeren. In lid 2 van artikel 16Aa en lid 2 van artikel 7a van respectievelijk de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is een limitatieve opsomming gegeven van activiteiten voor de uitvoering van een wettelijke taak die uitbesteed mogen worden. De wet spreekt over feitelijke werkzaamheden in verband met de aanleg, het onderhoud en de reparatie van een net, inspecties van netten met het oog op de veiligheid, en spur- en ontwikkelingswerk ten behoeve van de aanleg, het onderhoud en de reparatie van het net. In genoemde artikelen is tevens bepaald onder welke voorwaarden uitbesteding mag plaatsvinden.

Uitbesteding is dus onder meer mogelijk voor feitelijke werkzaamheden in verband met aanleg, onderhoud en reparatie. De NMa heeft aangeduid welke werkzaamheden onder

de limitatieve opsomming vallen, rekening houdend met het al dan niet strategische karakter van de werkzaamheden. Indien de activiteit wel uitbesteed mag worden, mag deze per definitie binnen het netwerkbedrijf worden uitgevoerd. Het gaat immers om een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak. Een toetsing volgens de stappen 4 t/m 7 is dan overbodig. In het schema is aangegeven dat de activiteit door een groepsmaatschappij van het netwerkbedrijf *mag* worden uitgevoerd (blok A). Dit hoeft niet, de activiteit mag ook door de netbeheerder zelf worden uitgevoerd (blok B).

Stap 4

Voor alle activiteiten die plaatsvinden binnen het regionale netwerkbedrijf geldt dat deze niet strijdig mogen zijn met het belang van het netbeheer (artikel 17, lid 2 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, lid 2, van de Gaswet). Als strijdig zijn onder meer bepaalde ‘financiële kruisverbanden’ tussen de groepsmaatschappij en de netbeheerder aangemerkt. Het betreft de verstrekking van zekerheden door de netbeheerder ten behoeve van de financiering van activiteiten van de groepsmaatschappij en de aansprakelijkstelling door de netbeheerder voor schulden van de groepsmaatschappij (zie artikel 17, lid 3 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 10b, lid 3 van de Gaswet). Deze financiële kruisverbanden zijn wél toegestaan indien deze ten goede komen aan het netbeheer. Indien er geen sprake is van een niet toegestaan financieel kruisverband moet worden beoordeeld of aan de overige criteria wordt voldaan (stappen 5, 6 en 7).

Stap 5

Volgens artikel 17, lid 3, onderdeel a, en artikel 10b, lid 3, onderdeel a, van respectievelijk de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is een activiteit per definitie strijdig met het netbeheer als deze niet op enigerlei wijze betrekking heeft of verband houdt met infrastructurele voorzieningen of aanverwante activiteiten. Onder infrastructurele voorzieningen worden kabels en leidingen en de daaraan verbonden technische voorzieningen verstaan, niet zijnde een productie-installatie voor elektriciteit of gas. Bij activiteiten die verband houden met infrastructurele voorzieningen kan dus concreet worden gedacht aan bijvoorbeeld de aanleg, het beheer en het onderhoud van warmtenetten, koudesystemen, riolering, waterleidingen en kabels voor televisie en/of internet. Systemen voor openbare verlichting en verkeersregeling kunnen in dit verband ook als infrastructurele voorzieningen worden aangemerkt. Niet als infrastructureel wordt in dit kader aangemerkt hetgeen niet leiding- of kabelgebonden is, zoals bijvoorbeeld afvalverwerking of transport over weg, rails, water etc.

Met aanverwante activiteiten wordt bedoeld op de dienstverlening ten behoeve van de genoemde infrastructurele voorzieningen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het aanbieden van meetdiensten. Daarbij gaat het om het installeren, beheren en uitlezen van meters die verbonden zijn aan de bovengenoemde infrastructuur (zie ook paragraaf

2.4). Ook kan worden gedacht aan de verhuur van meters of transformatoren en het verzorgen van storingsdiensten. Aanverwante activiteiten kunnen ook betrekking hebben op bijvoorbeeld andere kabels en leidingen dan voor gas en elektriciteit. Indien de activiteit geen betrekking heeft op een hier gedefinieerde infrastructurele voorziening of aanverwante activiteit, dan mag deze niet binnen het netwerkbedrijf plaatsvinden. Indien dit wel het geval is, kan naar stap 6 worden gegaan.

Stap 6

Indien er sprake is van een infrastructurele voorziening of aanverwante activiteit zonder financieel kruisverband met het netbeheer (stap 4 en 5), dan staat nog niet per definitie vast dat uitvoering van deze activiteit binnen het netwerkbedrijf is toegestaan. Uit de formulering van artikel 17, lid 3 en artikel 10b, lid 3 van respectievelijk de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet blijkt duidelijk dat het om minimumvereisten gaat.

Een belangrijk criterium is 'synergie'. Dat wil zeggen dat de activiteit die door een groepsmaatschappij wordt uitgevoerd, direct of indirect ook ten goede komt aan het netbeheer. Nevenactiviteiten kunnen er (gemakkelijk) toe leiden dat netbeheer feitelijk niet langer de kerntaak van het netwerkbedrijf is, hetgeen strijdig zou zijn met het belang van het netbeheer. Indien nevenactiviteiten synergie opleveren ten gunste van het netbeheer is dat een indicatie dat voorshands het belang van het netbeheer niet in het gedrang komt. Indien geen sprake is van synergie dient van geval tot geval te worden beoordeeld of de nevenactiviteit toch geen potentiële strijdigheid oplevert.

Men kan in elk geval spreken van synergie indien de gemiddelde kosten dalen, de kwaliteit van het net wordt verbeterd, of het personeel optimaler kan worden ingezet. Het is de verantwoordelijkheid van het netwerkbedrijf om aan te tonen dat de nevenactiviteiten ten goede komen aan het netbeheer. Het begrip 'ten goede komen aan' mag ruim worden opgevat: als aangetoond kan worden dat de kwaliteit van het net er direct of indirect door omhoog gaat of dat de kosten van het netbeheer er direct of indirect door omlaag gaan, dan komt de activiteit ten goede aan het netbeheer.

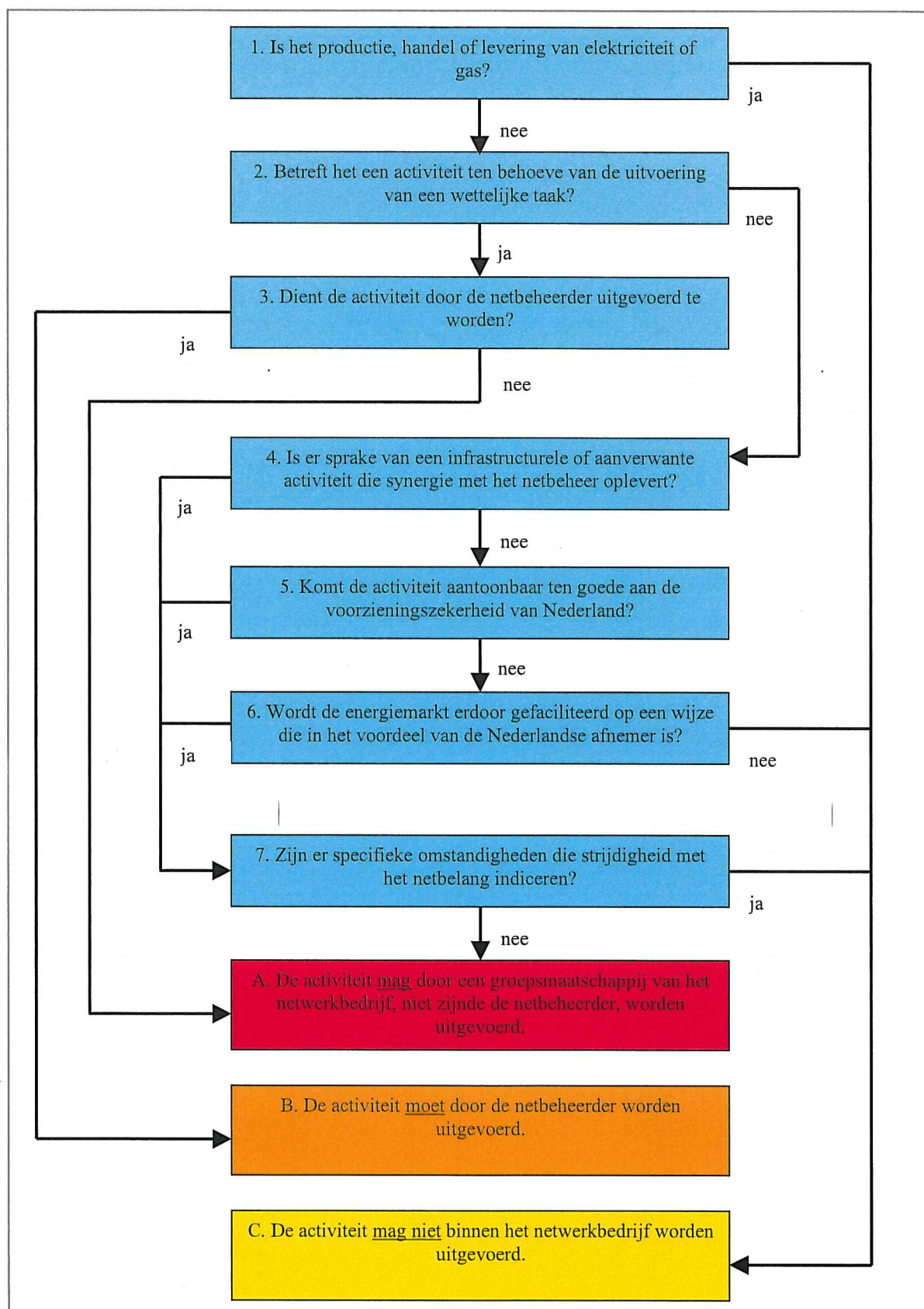
Bij veel van de in stap 5 genoemde infrastructuren zal er sprake zijn van synergievoordelen. Door personeel efficiënt in te zetten, bepaalde activiteiten te bundelen in de uitvoering (de straat één keer open maken) en het op peil houden en ontwikkelen van de kennis van medewerkers door hen in te zetten voor verschillende infrastructurele activiteiten zal sprake zijn van synergie. Dit geldt ook voor meetdiensten (zie stap 5) en voor activiteiten die gericht zijn op de ontwikkeling van nieuwe technologie die kan bijdragen aan de transitie naar een duurzame energiehuishouding. Daarbij kan worden gedacht aan het installeren van warmte- en/of koudesystemen in gebouwen, de uitrol van home-fill stations ten behoeve van aardgasauto's of de participatie in projecten op het gebied van nieuwe duurzame energietechnieken (injectie van groen gas in het

gasnet, aansluiting van zonne- en windenergie etc.). Bij dit alles blijven uiteraard de andere vereisten, in het bijzonder die inzake het groepsverbod (stap 1) van kracht.

Stap 7

Deze laatste stap is een filter. Indien de activiteit voldoet aan de criteria 4, 5 en 6 mag deze in beginsel binnen het netwerkbedrijf worden uitgevoerd. Op voorhand is niet uit te sluiten dat er specifieke omstandigheden zijn, waardoor deze activiteiten toch nadelig zouden zijn voor het publiek belang van het netbeheer. Als zodanig kan worden aangemerkt de situatie dat de nevenactiviteiten naar aard en omvang niet (langer) ondergeschikt zijn aan de kerntaak van netwerkbedrijf, namelijk het netbeheer. Of dit het geval is kan worden afgeleid van de relatieve omzet uit nevenactiviteiten, de inrichting van de organisatie van het netwerkbedrijf etc. In het kader van het concrete toezicht door de NMa zal aan de orde moeten komen of er sprake is van deze of andere specifieke omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat er ondanks de bijdrage aan het publiek belang strijdigheid met het belang van het netbeheer kan zijn.

4.3 Toetsingskader landelijke netwerkbedrijven



Onderstaand wordt het schema stapsgewijs toegelicht waarbij de stappen verwijzen naar de genummerde tekstvakken in het schema. De stappen 1, 2 en 3 zijn identiek aan die voor de regionale netwerkbedrijven. Wel hebben de landelijke netbeheerders extra wettelijke taken en voeren zij dus ook meer activiteiten uit ten behoeve van die wettelijke taken.

Stap 1

Volgens artikel 10b van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c van de Gaswet mag in de groep waartoe de netbeheerder behoort geen productie, handel of levering van elektriciteit of gas plaatsvinden. Dit geldt ook voor kleinschalige en/of duurzame productie van elektriciteit of gas. Uit de wetgevingsgeschiedenis van de WON blijkt dat onder productie, handel of levering van elektriciteit of gas niet activiteiten worden verstaan ten behoeve van het eigen gebruik (verlichting en verwarming van gebouwen etc.), de inkoop van gas of elektriciteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak zoals bijvoorbeeld balanshandhaving, het compenseren van netverliezen en het in bezit hebben en gebruiken van noodstroomfaciliteiten.

Stap 2

In artikel 16 van de Elektriciteitswet 1998 en de artikelen 10 en 10a van de Gaswet zijn de taken van de landelijke netbeheerders vastgelegd. De werkzaamheden voor de uitvoering van deze taken dient de netbeheerder conform respectievelijk artikel 16Aa, lid 1, Elektriciteitswet 1998, en artikel 7a, lid 1, Gaswet, zelf uit te voeren. In stap 2 moet duidelijk worden of er sprake is van een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak of niet. De NMa heeft dit nader uitgewerkt in richtsnoeren (zie voetnoot 3). Indien de activiteit niet bedoeld is om een wettelijke taak uit te voeren, kan vanaf stap 4 beoordeeld worden of deze wel door een groepsmaatschappij mag worden uitgevoerd. Indien het wel een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak betreft, moet eerst beoordeeld worden of uitbesteding is toegestaan (stap 3).

Stap 3

Wettelijke taken moeten in beginsel door de landelijke netbeheerder zelf worden uitgevoerd. Wel is het mogelijk taken in samenwerking met een andere wettelijk aangewezen netbeheerder uit te voeren. In lid 2 van artikel 16Aa en lid 2 van artikel 7a van respectievelijk de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is een limitatieve opsomming gegeven van activiteiten voor de uitvoering van een wettelijke taak die uitbesteed mogen worden. De wet spreekt over feitelijke werkzaamheden in verband met de aanleg, het onderhoud en de reparatie van een net, inspecties van netten met het oog op de veiligheid en spur- en ontwikkelingswerk ten behoeve van de aanleg, het onderhoud en de reparatie van het net. In genoemde artikelen is tevens bepaald onder welke voorwaarden uitbesteding mag plaatsvinden.

Uitbesteding is dus onder meer mogelijk voor feitelijke werkzaamheden in verband met aanleg, onderhoud en reparatie. De NMa heeft aangeduid welke werkzaamheden onder de limitatieve opsomming vallen, rekening houdend met het al dan niet strategische karakter van de werkzaamheden. Indien de activiteit wel uitbesteed mag worden, mag deze per definitie binnen het netwerkbedrijf worden uitgevoerd. Het gaat immers om een activiteit ten behoeve van de uitvoering van een wettelijke taak. Een toetsing volgens de stappen 4 t/m 7 is dan overbodig. In het schema is aangegeven dat de activiteit door een groepsmaatschappij van het netwerkbedrijf *mag* worden uitgevoerd (blok A). Dit hoeft niet, de activiteit mag ook door de netbeheerder zelf worden uitgevoerd (blok B).

Stap 4

Als de stappen 1 t/m 3 zijn doorlopen moet vervolgens beoordeeld worden of deze activiteit voldoet aan één van de drie criteria die vermeld staan bij de stappen 4, 5 en 6. Het is dus voldoende dat één van deze stappen met “ja” wordt beantwoord. Elk van deze stappen bevat een indicatie dat de nevenactiviteiten direct of indirect bijdragen aan de uitvoering van de wettelijke taak in brede zin. Bij stap 4 gaat het om infrastructurele voorzieningen en aanverwante activiteiten, terwijl de stappen 5 en 6 betrekking hebben op de specifieke rol die de landelijke netbeheerders hebben ten aanzien van de voorzieningszekerheid en de werking van de elektriciteits- en gasmarkt. Indien een nevenactiviteit niet aan één van de criteria onder 4, 5 of 6 voldoet, moet van geval tot geval worden bezien of niettemin geen sprake is van potentiële strijdigheid met het belang van het netbeheer.

Bij stap 4 moet beoordeeld worden of er sprake is van een infrastructurele voorziening of aanverwante activiteit, die direct of indirect ten goede komt aan het beheer van het landelijk net (synergie). In essentie zijn hier de stappen 5 en 6 uit het toetsingskader voor de regionale netwerkbedrijven geïntegreerd in één stap. De toelichting bij de stappen 5 en 6 uit het toetsingskader voor de regionale netwerkbedrijven, inclusief de daar gebruikte voorbeelden, kan daarom worden beschouwd als de toelichting op deze stap 4.

Stap 5

Deze stap speelt in op de bredere rol die de landelijke netbeheerder heeft ten opzichte van de regionale netbeheerder. Het is wenselijk dat het netwerkbedrijf waarvan de landelijke netbeheerder onderdeel uit maakt, activiteiten kan uitvoeren die niet direct dienstbaar zijn aan het beheer van het landelijke net, maar wel direct of indirect bijdragen aan de voorzieningszekerheid voor gas of elektriciteit in Nederland. In dit verband is het van belang dat de landelijke netwerkbedrijven – in tegenstelling tot regionale netwerkbedrijven – als gevolg van marktintegratie meer en meer opereren binnen een (NW) Europese markt.

Bij activiteiten die bijdragen aan de voorzieningszekerheid kan onder andere worden gedacht aan investeringen en/of participaties in interconnecties en de deelname in infrastructuurprojecten in de ons omringende landen, waardoor de transportzekerheid van gas of elektriciteit van en naar Nederland op de korte of lange termijn wordt verbeterd. Ook kan hier worden gedacht aan LNG- en opslagprojecten. Het wettelijke regime en in het bijzonder het groepsverbod stelt uiteraard beperkingen aan deze nevenactiviteiten.

Stap 6

Het is wenselijk dat het netwerkbedrijf van de landelijke netbeheerder een faciliteit tot stand kan brengen die de marktwerking verbetert, en die uiteindelijk in het voordeel van de afnemers van elektriciteit of gas in Nederland is. Wat betreft deze ‘marktfaciliterende’ activiteiten geldt dat zij het publiek belang van een betaalbare, betrouwbare en schone energievoorziening moeten dienen. Marktfacilitering betreft naar zijn aard een activiteit die (nog) niet of onvoldoende door private partijen wordt uitgevoerd of opgepakt. De verschillende handelsplatforms waarin de landelijke netwerkbedrijven participeren, zoals APX en Endex, zijn voorbeelden van zulke marktfaciliterende activiteiten.

Het criterium dat de activiteit nog niet of onvoldoende door private partijen wordt opgepakt impliceert dat de uitvoering daarvan door het landelijke netwerkbedrijf een tijdelijk karakter kan hebben. Het overnemen van een commerciële marktfaciliterende activiteit die door een private partij wordt uitgevoerd en levensvatbaar is, is in beginsel niet toegestaan. Overigens gaat het hier steeds om activiteiten die niet vallen onder de wettelijke taakstelling van de landelijke netbeheerder (zoals bijvoorbeeld het bevorderen van planmatig beheer van gasvoorkomens).

Stap 7

Deze laatste stap is een filter. Indien de activiteit voldoet aan één van de criteria 4, 5 of 6 mag deze in beginsel binnen het netwerkbedrijf worden uitgevoerd. Op voorhand is niet uit te sluiten dat er specifieke omstandigheden zijn, waardoor deze activiteiten toch nadelig zouden zijn voor het publiek belang van het netbeheer. Onder meer kan daarvan sprake zijn indien de groepsmaatschappij een financieel kruisverband met de netbeheerder heeft, zoals aangeduid in stap 4 van het toetsingskader voor regionale netbeheerders (zie aldaar voor een verdere toelichting). Als zodanig kan ook de situatie worden aangemerkt waarbij de nevenactiviteiten naar aard en omvang niet (langer) ondergeschikt zijn aan de kerntaak van netwerkbedrijf, namelijk het netbeheer. Of dit het geval is kan worden afgeleid van de relatieve omzet uit nevenactiviteiten, de inrichting van de organisatie van het netwerkbedrijf etc. In het kader van het concrete toezicht door de NMa zal aan de orde moeten komen of er sprake is van deze of andere

specifieke omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat er strijdigheid met het belang van het netbeheer kan zijn. ja