



Besluit

Handhavingsverzoek Energie I&V B.V. jegens Allure Energie B.V.

Ons kenmerk : ACM/UIT/516933
Zaaknummer : ACM/19/035661
Datum : 18 juli 2019

Samenvatting

1. Bij brief van 3 mei 2019¹ heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een verzoek van Energie I&V B.V. (hierna: Energie I&V) ontvangen om handhavend op te treden tegen Allure Energie B.V. (hierna: Allure) vanwege het niet voldoen aan de verplichting van het hebben van een rechtsgeldige overeenkomst voor programmaverantwoordelijkheid, hetgeen een overtreding is van de vergunningvereisten die voortvloeien uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.
2. De ACM concludeert dat Allure een overeenkomst heeft met Energie I&V voor programma-verantwoordelijkheid. Allure voldoet daarmee aan haar vergunningsverplichting op het punt van programmaverantwoordelijkheid. Er is voor de ACM daarom geen aanleiding om handhavend op te treden tegen Allure.

Procedure

3. Op 6 mei 2019 heeft de ACM een verzoek ontvangen van Energie I&V om handhavend op te treden jegens Allure vanwege het niet voldoen aan de verplichting van het hebben van een rechtsgeldige overeenkomst voor programmaverantwoordelijkheid, hetgeen een overtreding is van de vergunningvereisten die voortvloeien uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (hierna: het handhavingsverzoek).
4. Op 22 mei 2019 heeft de ACM de ontvangst hiervan bevestigd en medegedeeld dat Energie I&V nader zal worden bericht.
5. Op 27 mei 2019 heeft de ACM telefonisch contact gehad met Energie I&V over de procedure van de behandeling van het handhavingsverzoek. De ACM heeft tijdens dit gesprek aangekondigd schriftelijk enkele vragen te stellen.
6. De ACM heeft per brief van 29 mei 2019² een aantal vragen gesteld aan Energie I&V. Op 18 juni 2019 heeft de ACM de aanvullende informatie van Energie I&V ontvangen.
7. De ACM heeft aan Allure per brief³ van 18 juni 2019 verzocht om een reactie op het handhavingsverzoek dat door Energie I&V jegens Allure bij de ACM is ingediend. Hierbij heeft de ACM een afschrift van het handhavingsverzoek en van de aanvullende informatie van Energie I&V

¹ Ontvangen op 6 mei 2019 met kenmerk ACM/IN/432098.

² Brief met kenmerk ACM/UIT/512697.

³ Dossiernummer ACM/UIT/513748.

aan Allure verstrekt. Hierop heeft Allure per brief⁴ van 25 juni 2019 gereageerd. Deze reactie heeft de ACM op 8 juli 2019 aan Energie I&V ter kennisname gestuurd⁵.

Juridisch kader

8. Op grond van artikel 95a, eerste lid, Elektriciteitswet 1998 is het verboden om zonder vergunning elektriciteit te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A (hierna: kleinverbruikers).
9. Op grond van artikel 43, eerste lid, Gaswet is het verboden om zonder vergunning gas te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m3(n) per uur (hierna: kleinverbruikers).
10. De Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de Minister) kan op grond van artikel 95d Elektriciteitswet 1998 een vergunning verlenen voor het leveren van elektriciteit aan kleinverbruikers en op grond van artikel 45 Gaswet voor het leveren van gas aan kleinverbruikers.
11. In het 'Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers'⁶ (hierna: Bve) zijn de criteria van artikel 95d, eerste lid, Elektriciteitswet 1998 uitgewerkt en nadere regels gesteld met betrekking tot de verlening van een vergunning.
12. In het 'Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers'⁷ (hierna: Bvg) zijn de criteria van artikel 45, eerste lid, Gaswet uitgewerkt en nadere regels gesteld met betrekking tot de verlening van een vergunning.
13. Artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, Bve bepaalt dat de aanvrager beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten indien de aanvrager of, indien de aanvrager de programmaverantwoordelijkheid heeft overgedragen, degene aan wie de aanvrager de programmaverantwoordelijkheid heeft overgedragen, voor voldoende lange termijn een erkenning als volledig programmaverantwoordelijke is verleend.
14. Artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, Bve bepaalt dat de aanvraag voor een vergunning voor het leveren van elektriciteit de overeenkomst van erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van de aanvrager of een contract van de aanvrager met een andere partij voor het overdragen van de programmaverantwoordelijkheid en de erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van deze partij bevat.
15. Artikel 3, eerste lid, Bvg bepaalt dat de aanvrager redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 5 van de Gaswet na te komen indien hij over zodanige inkoop- en transportcontracten beschikt dat hij, gelet op de te verwachten afzet, in staat zal zijn om op een betrouwbare wijze zorg te dragen voor de levering van gas aan iedere kleinverbruiker die daarom verzoekt.
16. Artikel 2, tweede lid, aanhef en onder b, Bvg bepaalt dat de aanvraag voor een vergunning voor het leveren gas één of meer overeenkomsten ten behoeve van de inkoop van gas en voor het daarvoor benodigde transport bevat.

⁴ Dossiernummer ACM/IN/434741.

⁵ Dossiernummer ACM/UIT/514931.

⁶ Besluit van 8 mei 2003, Stb. 2003, nr. 207, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 12 juli 2018, Stb.2018, nr. 231.

⁷ Besluit van 2 juni 2003, Stb. 2003, nr. 234, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 12 juli 2018, Stb. 2018, nr. 231.

17. Bij "Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM" heeft de Minister mandaat, volmacht en machtiging verleend aan de ACM tot onder andere het nemen van besluiten die verband houden met artikel 95d, eerste lid, Elektriciteitswet 1998.
18. Bij 'Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013' heeft de Directie Consumenten van de ACM mandaat en machtiging gekregen voor het nemen van besluiten en het verrichten van overige handelingen die verband houden met de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet voor zover deze specifiek met consumentenbelangen te maken hebben. De directeur en teammanagers van de Directie Consumenten zijn bevoegd om een beslissing te nemen op deze aanvraag.

Inhoud van het handhavingsverzoek

Wat verzoekt Energie I&V?

19. Energie I&V geeft in haar handhavingsverzoek (randnummers 30 t/m 32) aan dat Allure sinds 1 februari 2018 in het Centrale aansluitingen Register (hierna: CAR) Energie E&E en GasTerra ten onrechte vermeld heeft laten staan als programmaverantwoordelijke partijen. Volgens Energie I&V is daarmee gegeven dat Allure sinds die datum in strijd met haar wettelijke verplichting energie levert aan de in de bijlage genoemde kleinverbruikers zonder over een overeenkomst met een programmaverantwoordelijke partij (hierna: PV-partij) te beschikken. Energie I&V meent dat Allure een of meer overtredingen begaat.
20. In haar handhavingsverzoek (randnummers 24 en 25) geeft Energie I&V aan dat een leverancier die zelf geen PV-partij is, over een overeenkomst met een PV-partij dient te beschikken die de programmaverantwoordelijkheid van de leverancier overneemt. Deze overeenkomst dient volgens Energie I&V rechtsgeldig gesloten te zijn, waarbij geldig betekent: niet vernietigd, (eenzijdig) gewijzigd, ontbonden of opgeschort.
21. In haar antwoord van 12 juni 2019 geeft Energie I&V aan dat zo'n overeenkomst geldig dient te zijn, in de zin van bindend voor beide partijen, en te blijven. En dat laatste is niet het geval indien de overeenkomst is ontbonden, gewijzigd of opgeschort omdat dan ten minste één partij daaraan geen rechten meer kan ontlenen.
22. In de aanvulling van 12 juni 2019 van Energie I&V (nader toelichting op randnummer 29 van het handhavingsverzoek) geeft Energie I&V aan dat voor zover een partij bij de leveringsovereenkomst zou stellen dat de opschorting onrechtmatig zou zijn, dat een (civielrechtelijke) zaak is tussen partijen die de partij die de rechtmatigheid betwist aan de civiele rechter dient voor te leggen. Echter, het kan langere tijd duren voordat hierover een oordeel is gegeven. Volgens Energie I&V bestaat al die tijd onzekerheid over de rechtmatigheid van de opschorting en dus over de (bestuursrechtelijke) vraag of een vergunninghouder voldoet aan de voorwaarden waaronder haar vergunning is gegeven.
23. Vervolgens redeneert Energie I&V dat in het geval zou komen vaststaan dat de opschorting van de levering door Energie I&V rechtmatig was dat tot gevolg zou hebben dat een vergunninghouder zonder PV-partij heeft geleverd aan kleinverbruikers. In de visie van Energie I&V zou de ACM een dergelijk risico niet moeten willen nemen. De ACM zou er, in voorkomend geval, vanuit moeten gaan dat de opschorting rechtmatig is geschied en dat de betreffende vergunninghouder een nieuwe PV-partij dient aan te wijzen.

Beoordeling handhavingsverzoek

Overwegingen voor de beoordeling

24. Uit de overlegde stukken blijkt dat Energie I&V de levering onder de overeenkomst heeft opgeschort omdat Allure de betaling zou hebben opgeschort. De ACM constateert dat er sprake is van een geschil met betrekking tot de facturen, de juistheid van deze facturen, de betaling en de consequenties hiervan in de context van de contractuele afspraken die hierover door partijen zijn gemaakt. Een dergelijk geschil ligt binnen het civielrechtelijk domein. Het is aan de civiele rechter om te oordelen over de rechtmatigheid van het opschorten van verplichtingen over en weer tussen partijen en de consequenties van het opschorten. Het gaat hierbij onder andere over de vraag wanneer betaling mag worden opgeschort en of daaraan ook de consequentie verbonden mag worden van het opschorten van de levering. Partijen zijn het hier evident over oneens. Hierbij is een civielrechtelijke beoordeling van de feiten en inhoud van een commercieel contract tussen twee commerciële partijen door een onafhankelijke rechter noodzakelijk.
25. Voor het besluit van de ACM of het handhavingsverzoek van Energie I&V gehonoreerd kan worden, is het van belang om te bepalen of er hiervoor een noodzaak is die grond vindt in de energieregelgeving. De vraag is of er voldoende grond is om aan te nemen dat Allure niet of in onvoldoende mate voldoet aan een vereiste van de vergunning zoals bij of krachtens de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet gesteld. Er zal in het oordeel van de ACM hierbij sprake moeten zijn van een noodzaak om Allure tot handelen te bewegen om (weer) aan een vergunningvereiste te voldoen.
26. De norm die hierbij voor een vergunninghouder geldt, is neergelegd in artikel 95d Elektriciteitswet 1998 en artikel 45 Gaswet. In deze bepalingen staat dat een vergunninghouder voldoende moet aantonen dat hij beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak én redelijkerwijs in staat kan worden geacht zijn verplichtingen uit hoofdstuk 8 van de Elektriciteitswet 1998 en hoofdstuk 5 van de Gaswet na te komen. De criteria hiervoor zijn uitgewerkt in het Bve en Bvg. In het onderhavige geval betreft het de naleving van de verplichtingen van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, Bve en artikel 3, eerste lid, Bvg die gaan over de erkenning of overdracht van de programmaverantwoordelijkheid respectievelijk over de beschikking over gas inkoop- en transportcontracten.
27. Zoals hierboven onder randnummer 19 van dit besluit is aangegeven, handelt Allure volgens Energie I&V sinds 1 februari 2018 in strijd met haar wettelijke verplichting door energie te leveren aan de in de bijlage van het handhavingsverzoek genoemde kleinverbruikers zonder over een overeenkomst met een PV-partij te beschikken. De ACM begrijpt uit het handhavingsverzoek dat Energie I&V meent dat Allure niet beschikt over een overeenkomst voor overdracht van de programmaverantwoordelijkheid omdat de levering onder deze overeenkomst door Energie I&V is opgeschort.
28. De ACM merkt op dat gelet op de inrichting van de systematiek van de Informatiecode elektriciteit en gas⁸ de levering alleen feitelijk kan worden opgeschort door de leverancier die een andere programmaverantwoordelijke moet aanwijzen en in het CAR moet registreren. Om dit te bewerkstelligen heeft Energie I&V reeds in een civiele procedure (in kort geding) gevorderd Allure te sommeren een nieuwe PV-partij aan te wijzen. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Er kon in het kort geding niet worden vastgesteld dat Energie I&V voldoende grond

⁸ Zie hoofdstuk 3 van de Informatiecode elektriciteit en gas.

heeft om effectueering van de opschorting te eisen van Allure. De voorzieningenrechter geeft aan dat hierin alle feiten moeten worden meegewogen.

29. Energie I&V geeft aan dat als de betwiste rechtmatigheid van de opschorting in een bodemprocedure aan de civiele rechter wordt voorgelegd, dan lange tijd onzekerheid blijft bestaan over de rechtmatigheid van de opschorting en hiermee ook over de bestuursrechtelijke vraag of een vergunninghouder voldoet aan de voorwaarden waaronder haar vergunning is gegeven. Volgens Energie I&V zou dit tot gevolg hebben dat een vergunninghouder jarenlang zonder overeenkomst met een PV-partij heeft geleverd aan kleinverbruikers. In de visie van Energie I&V zou de ACM een dergelijk risico niet moeten willen nemen. De ACM volgt Energie I&V niet in haar redenering dat er sprake zou kunnen zijn van een dergelijk risico voor kleinverbruikers. Het risico beperkt zich immers slechts tot een financieel risico voor partijen en bestaat eruit dat Energie I&V eventueel ten onrechte als PV-partij geregistreerd heeft gestaan in het CAR en dat Energie I&V daardoor mogelijk financiële schade opgelopen heeft.
30. De ACM is op basis van het voorgaande van oordeel dat er geen grond is om aan te nemen dat Allure niet zou voldoen aan de vergunningvereiste met betrekking tot de programma-verantwoordelijkheid voor de levering van elektriciteit en de inkoop- en transportovereenkomsten voor de levering van gas. De ACM constateert dat in het civiele kort geding niet kon worden vastgesteld dat Energie I&V voldoende grond heeft om effectueering van de opschorting te eisen van Allure, in deze het aanwijzen van een andere PV-partij in het CAR. De ACM kan dan ook niet anders vaststellen dan dat er nog steeds een overeenkomst tussen partijen is waarmee Allure aan haar vergunningsverplichting op het punt van programmaverantwoordelijkheid voldoet. De ACM is daarom van oordeel dat zij niet bestuursrechtelijk kan afdwingen dat Allure een andere PV-partij registreert in het CAR. Daarnaast geldt dat uit het handhavingsverzoek en aanvullende informatie van Energie I&V niet blijkt dat Allure niet redelijkerwijs aan haar verplichtingen met betrekking tot het leveren van energie aan de genoemde kleinverbruikers zou kunnen voldoen. De ACM concludeert dan ook dat er geen grond is om handhavend op te treden jegens Allure.

Besluit

31. De Autoriteit Consument en Markt ziet geen aanleiding om handhavend op te treden tegen Allure omdat er geen grond is om aan te nemen dat Allure de verplichtingen van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers en artikel 3, eerste lid, Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers niet naleeft.

Datum: 18 juli 2019

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. drs. J.L. van de Braak
Teammanager Directie Consumenten

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*