

LOYENS  LOEFF

POSTADRES Postbus 71170
1008 BD AMSTERDAM

KANTOORADRES Fred. Roeskestraat 100
1076 ED AMSTERDAM

TELEFOON +31 20 578 58 92

FAX +31 20 578 58 62

E-MAIL roland.de.vlam@loyensloeff.com

INTERNET www.loyensloeff.com

Tevens per fax: 070 722 23 55

Autoriteit Consument en Markt
Drs F.E. Koel
Postbus 16326
2500BH DEN HAAG

VAN Roland de Vlam - advocaat

DATUM 16 september 2014

UW REFERENTIE 12.0326.30

BETREFT Rendant Parknet Beheer B.V. – reactie op schriftelijke zienswijzen

Geachte heer Koel,

Namens Rendant Parknet Beheer B.V. (**Rendant**) geef ik graag de navolgende reactie op de zienswijzen die zijn ingediend namens Ondernemersvereniging De Noord (**ODN**) en namens de Gemeente Alblasterdam (de **Gemeente**) naar aanleiding van het ontwerpbesluit van de ACM van 20 mei 2014 (kenmerk ACM/DE/2014/202725, het **Ontwerpbesluit**). Rendant heeft deze op 21 augustus 2014 per e-mail bij ACM opgevraagd en deze op 2 september 2014 ontvangen (uw brief met kenmerk ACM/DE/2014/204966), waarbij Rendant tot 16 september 2014 in de gelegenheid is gesteld om een reactie naar voren te brengen. Van deze gelegenheid maakt Rendant graag gebruik.

Rendant ontkent en bestrijdt al hetgeen door ODN en de Gemeente in hun respectieve zienswijzen wordt aangevoerd, behoudens voorzover deze reactie de expliciete en uitdrukkelijke erkenning van enige stelling als juist bevat.

ODN

Geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb

Rendant stelt zich primair op het standpunt dat ODN geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb. Hiertoe voert zij de volgende gronden aan.

ODN kan niet als belanghebbende worden beschouwd, omdat haar statutaire doelstelling niet in het bijzonder voorziet in het behartigen van een algemeen of collectief belang waarop het Ontwerpbesluit betrekking heeft. De statutaire doelstelling van ODN is op 6 juni 2014 gewijzigd en

Loyens & Loeff N.V. is gevestigd te Rotterdam en staat ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel onder nr. 24370566. Uitsluitend Loyens & Loeff N.V. geldt als opdrachtnemer. Op haar dienstverlening zijn haar Algemene Voorwaarden van toepassing, waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid en een aanwijzing van de bevoegde rechter is opgenomen. Deze Algemene Voorwaarden staan afgedrukt op de achterkant van deze pagina en zijn eveneens te raadplegen via www.loyensloeff.com. Deze voorwaarden zijn op 1 juli 2009 gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nr. 43/2009.

AMSTERDAM • ARNHEM • BRUSSEL • LUXEMBURG • ROTTERDAM • ARUBA • CURAÇAO • DUBAI
GENÈVE • HONG KONG • LONDEN • NEW YORK • PARIJS • SINGAPORE • TOKIO • ZÜRICH

luit thans:

De vereniging heeft ten doel het behartigen van de materiële en immateriële belangen van de ondernemers en de ondernemingen gevestigd op de industrieterreinen van Alblasterdam en de industrieterreinen van Papendrecht aangrenzend aan de industrieterreinen van Alblasterdam – hierna ook te nomen ondernemers – uitgaande van de particuliere ondernemingswijze productie en distributie van goederen en diensten.

Het Ontwerpbesluit heeft betrekking op de vraag of Rendant in aanmerking komt voor een ontheffing van de verplichting om voor haar elektriciteitsnet een netbeheerder aan te wijzen. Niet valt in te zien hoe de zeer algemeen geformuleerde statutaire doelstelling van ODN haar een voldoende belang kan geven bij het uiteindelijk te nemen besluit tot het verlenen van een ontheffing in de zin van artikel 15 van de Elektriciteitswet 1998.

Toen ODN nog de naam Ondernemers Vereniging Nieuwland droeg, was haar doelomschrijving beperkt tot het behartigen van die belangen van ondernemers en ondernemingen op het bedrijventerrein Parc Nieuwland. Deze verruiming van de doelomschrijving verhoudt zich niet tot het onderwerp van het onderhavige te nemen besluit. Er kan immers geen sprake zijn van een collectief belang indien leden van ODN zijn gerestigd op bedrijventerreinen die hier niet ter zake doen.

Dit wordt versterkt door artikel 3 van de statuten waarin de middelen van ODN worden beschreven. Onder verwijzing naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 6 juli 2005,¹ merkt Rendant op dat uit deze specifiek opgenomen vermeldingen van bepaalde middelen niet kan worden afgeleid dat de doelstelling van ODN zover reikt, dat ODN steeds als enigerlei bestuurstaak in het geding is standpunten kan uitdragen als behartiger van de collectieve belangen van deze ondernemingen. Ook de open slotformule van artikel 3, onderdeel g, van de statuten is te algemeen om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat ODN krachtens haar doelstelling in het bijzonder de collectieve belangen van bedoelde ondernemingen behartigt.

Hetgeen in randnummer 6 van de zienswijze wordt opgemerkt is uitdrukkelijk onjuist. ODN is op grond van haar statuten niet gerechtigd om in en buiten rechte op te treden namens haar leden.

Rendant constateert dat de individuele leden ODN hebben gemachtigd, hetgeen evident illustreert dat kennelijk geen sprake is van een collectief belang van ODN maar van individuele belangen die incidenteel bij ODN zijn 'geparkeerd'. Dat levert echter geen collectief belang in de zin van artikel 1:2 van de Awb op.

¹ ECLI:NL:CBB:2005:AT9206.



Rendant merkt daarbij tevens op dat slechts vijftientwintig leden van ODN haar hebben gemachtigd. Kennelijk wordt deze interventie door ODN niet door alle leden gedragen. ODN wordt gebruikt als vehikel voor deze vijftientwintig leden. Rendant brengt in dit kader in herinnering dat bedrijvenpark Parc Nieuwland 133 aansluitingen heeft. Er is dus evenmin sprake van enige representativiteit.

Uit bijlage 2a blijkt bovendien dat op 30 juni 2014 deze vijftientwintig bedrijven zelf hun pro forma zienswijzen hebben ingediend. Er was op dat moment kennelijk nog geen sprake van een rechtspersoon waarin deze (rechts)personen waren verenigd en welke hun - vermeend - collectieve belangen behartigde.

Tot slot merkt Rendant op dat ODN in haar zienswijze slechts stelt dat zij belang heeft bij het aanstellen van een (publieke) netbeheerder. Nog afgezien van de vraag of dit juist is, moet erop worden gewezen dat het in deze niet gaat om een besluit inzake de aanwijzing van een (publieke) netbeheerder maar om de ontheffing van de verplichting voor Rendant om een netbeheerder aan te wijzen.

Nu ODN geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb dient haar zienswijze buiten beschouwing te blijven. Voor het geval ACM evenwel van mening mocht zijn dat ODN wel als belanghebbende moet worden aangemerkt, wenst Rendant nog het navolgende op te merken.

Zienswijze onterecht en niet relevant

Uit de zienswijze van ODN blijkt vervolgens dat zij zich zorgen maakt over de vraag of haar leden elektriciteit van derden kunnen betrekken. Zij meent dat Rendant ten onrechte een monopoliepositie heeft gecreëerd en daar op zeer ongepaste wijze gebruik van maakt. Het betoog wordt enigszins diffuus waar ook klachten over een instabiele internetverbinding en telefonie worden geuit. Deze klachten hebben geen enkel verband met de thans voorliggende problematiek. Uit de diverse klachten moet evenwel worden opgemaakt dat met name de levering van elektriciteit en de daarbij behorende facturering tot ergernis heeft geleid. Deze klachten zijn niet terecht en overigens niet relevant voor de vraag of aan Rendant een ontheffing kan worden verleend.

Vooropgesteld dient, zoals Rendant ook tijdens de hoorzitting van 26 juni 2014 heeft benadrukt, dat derdentoegang mogelijk is voor aangeslotenen op het net van Rendant. Wie meent dat hij elders beter uit is, kan op de vrije markt op zoek gaan naar een leverancier van zijn keuze. Rendant kan derdentoegang nu reeds administratief faciliteren; vooralsnog zonder gebruik te maken van het CPS van TenneT maar door middel van suballocatie. Er zijn nu reeds diverse afnemers op het Rendant net die hun elektriciteit niet van Rendant betrekken maar van een derde partij.

De tarieven die Rendant aan afnemers in rekening brengt voor het transport van elektriciteit zijn gelijk aan de gereguleerde tarieven van netbeheerder Stedin. Door haar bijzondere positie op de inkoopmarkt, kan Rendant haar afnemers leveringsprijzen aanbieden die aanzienlijk lager liggen dan de prijzen die deze afnemers individueel op de markt zullen kunnen uitonderhandelen. Het staat hen echter vrij om het te proberen.



Rendant is ervan overtuigd dat de realisatie van haar business plan verder zal bijdragen aan de duurzame, betrouwbare en betaalbare energievoorziening op het bedrijventpark. Investerings in productiecapaciteit zullen op deze drie deelgebieden ten goede komen aan alle afnemers.

Deze investeringen zullen niet worden gedaan indien Rendant het beheer en de eigendom van het net moet overdragen aan een netbeheerder. Op dat moment vallen de voordelen weg die een geïntegreerd bedrijf met zich brengen. Dat geldt voor dispatch en efficiency-opbrengsten maar ook voor financiering en inkoop. Zonder net is het business model van Rendant verder inhoudsloos en heeft Rendant geen toegevoegde waarde ten opzichte van andere leveranciers van elektriciteit.

Rendant vermoedt dat deze vijftientig leden van ODN zich onvoldoende bewust zijn van het feit dat zij een voordeel in hun bedrijfskosten zullen zien verdampen.

Rendant heeft kennis genomen van de klachten van deze leden over de wijze waarop de inning van achterstallige bedragen ter hand is genomen. Rendant heeft begrip voor de gedachte dat dit bij een enkeling als onplezierig is ervaren. Het merendeel van de afnemers ziet echter in dat voor de geleverde diensten betaald moet worden, ook indien de prestatie in het verleden is verricht. Rendant is inmiddels goeddeels 'bij' in haar administratie en voor de komende jaren is het functioneren van het factureringssysteem geborgd.

De zienswijze van ODN met betrekking tot de eigendom van het net vormt de kern van de zienswijze van de Gemeente en zal hieronder nader aan bod komen.

De Gemeente

Geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb

Rendant meent dat ook de Gemeente niet kwalificeert als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb bij het onderhavige besluit. Dit geldt zowel formeel juridisch als ook materieel inhoudelijk.

De Gemeente is eigenaar van de openbare grond op het bedrijventpark. Het gaat daarbij met name om de weg en de groenvoorzieningen. De Gemeente heeft op de weg openbare verlichting geplaatst die is aangesloten op het net van Stedin. De Gemeente is geen afnemer van Rendant.

De Gemeente stelt in essentie dat zij belanghebbende is omdat het net van Rendant gedeeltelijk onder de openbare weg is gelegen. Op zichzelf is juist dat het net van Rendant op verschillende plaatsen onder de weg door gaat om aansluitingen op het net aan weerszijden van de weg te realiseren. Dit maakt de Gemeente nog geen belanghebbende. Alle netten in Nederland zijn gelegen in of onder openbare grond en dit maakt de desbetreffende gemeente nog geen belanghebbende in de zin van de Awb, bij besluiten die netbeheerders aangaan.

Daarbij geldt dat het net van Rendant is gelegen onder de percelen van verschillende eigenaren, te weten: de partijen die zijn aangesloten. Ook hierin onderscheidt de Gemeente zich derhalve niet.



De door de Gemeente gestelde belangen van ruimtelijke ordening op haar grondgebied en het algemeen belang maken dit niet anders. Een belanghebbende dient uit hoofde van artikel 1:2 van de Awb een belang te hebben dat rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Niet valt in te zien hoe de Gemeente een rechtstreeks betrokken belang heeft bij een besluit tot het verlenen van een ontheffing van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder. Het belang van ruimtelijke ordening speelt daarbij geen rol. Het gegeven dat enkele percelen waaraan elektriciteit wordt geleverd (deels) behoren tot de Gemeente en ook zijn gelegen op het grondgebied van de Gemeente maakt haar belang niet voldoende individualiseerbaar nu Rendant vele andere afnemers kent die net als de Gemeente eigenaar zijn van hun percelen. Daarbij geldt ook hier dat deze situatie niet verschilt van andere netten in Nederland. Het betoog van de Gemeente met betrekking tot de straatverlichting op Parc Nieuwland maakt dit niet anders nu het ook daarbij gaat om een aansluiting waarvan het belang niet voldoende individualiseerbaar is.

Uit de zienswijze wordt ook niet duidelijk waarom de Gemeente meent dat Rendant een ontheffing onthouden moet worden; kortom wat materieel haar belang is bij een besluit tot afwijzing van het ontheffingsverzoek. Niet wordt duidelijk waarom haar belang gediend is met de verplichting voor Rendant om een netbeheerder aan te wijzen voor het beheer van haar net. Er is geen raadsbesluit of een collegebesluit overlegd waaruit blijkt dat voorkomen moet worden dat Rendant een ontheffing krijgt. Niet is duidelijk, bijvoorbeeld, wat het mandaat is op basis waarvan de heer Sels aanwezig is geweest bij de hoorzitting van 26 juni 2014. De Gemeente verzuimt aan te geven waar haar formele en materiële belangen, enerzijds, en het besluit, anderzijds, elkaar kruisen.

Het betoog over de eigendom van het net, over vergunningen die Rendant nog nodig heeft om haar business plan te verwezenlijken (met speculaties over de haalbaarheid van de bouw van een smart grid), over derdentoegang die niet mogelijk zou zijn, over de financiële positie van Rendant, maakt dit uiteraard niet anders. Het blijft onduidelijk wat haar belang in de zin van de Awb is bij het onderhavige te nemen besluit.

Nu de Gemeente geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb dient haar zienswijze buiten beschouwing te blijven. Voor het geval ACM evenwel van mening mocht zijn dat de Gemeente wel als belanghebbende moet worden aangemerkt, wenst Rendant thans nog het navolgende op te merken.

Zienswijze onterecht en niet relevant

Op bladzijde 3 van de zienswijze van de Gemeente maakt zij melding van de bouw van een nieuwe containerterminal van BCTN op perceel met nummer 4384. BCTN heeft voor haar aansluiting offertes gevraagd bij Rendant en Stedin en heeft op basis van die offertes gekozen voor een aansluiting op het net van Rendant. Belangrijke overwegingen om niet voor Stedin te kiezen waren de meerlengte, de bodemomstandigheden en het hoogteverschil. Voor een aansluiting op het net van Rendant is slechts een eenvoudige persing onder de openbare weg van de Gemeente nodig, een eenvoudige ingreep die Rendant zeer regelmatig uitvoert maar waaraan de Gemeente - om



redenen die Rendant niet kent – in dit specifieke geval niet wenst mee te werken. Daarmee frustreert zij de aanleg en ontwikkeling van het terrein en probeert zij de bedrijfsvoering van Rendant feitelijk onmogelijk te maken. Hiermee handelt de Gemeente in de ogen van Rendant onrechtmatig.

Ook deze discussie, echter, is niet van primair belang voor de vraag of Rendant in aanmerking komt voor een ontheffing. Hoogstens kan uit deze discussie worden afgeleid dat een significante marktpartijen als BCTN (Havenbedrijf Rotterdam) genoeg vertrouwen heeft in Rendant om haar de aansluiting voor de elektriciteitsvoorziening van deze nieuwe containerterminal op het Rendant-net te doen realiseren in plaats van het Stedin-net.

De Gemeente trekt de eigendom van het net van Rendant in twijfel. Rendant meent primair dat dit niet een aangelegenheid is waarin ACM dient te treden. Een oordeel daaromtrent is immers voorbehouden aan de civiele rechter. Subsidiair bestrijdt Rendant de zienswijze van de Gemeente.

Rendant herhaalt dat op grond van artikel 1 van de Akte Vestiging Recht van Opstal (de **Akte**, bijlage 7.1 bij de Ontheffingsaanvraag) de vorige eigenaar van Polder Nieuwland, BRC, ten gunste van Rendant een eeuwigdurend en zelfstandig recht van opstal heeft gevestigd

tot het aanleggen, het hebben en in stand houden en het exploiteren alsmede het vernieuwen van kabels en leidingen en alles wat daar verder bij hoort, ten behoeve van elektriciteit en/of gas en/of communicatie en/of warmte casu quo koude transport.

Dit opstalrecht geldt ten opzichte van

de percelen bouwterrein gelegen in de Polder Nieuwland onder Alblasterdam en Papendrecht, uitmakende zodanige gedeelten van de percelen kadastraal bekend als:

*Gemeente Alblasterdam, sectie B nummers 3915, 3930, 3931 en 3932;
en*

Gemeente Papendrecht, sectie A nummers 6948, 6949 en 6950,

Voorzover gemelde percelen ten name van de grondeigenaar staan en zoals gearceerd is aangegeven op een viertal aan de akte van 11 februari 2005 gehechte situatietekeningen gemerkt A, B, C, en D.

Genoemde percelen zijn nadien gesplitst in de percelen genoemd in de brief van Rendant aan ACM van 25 april 2014.

Rendant heeft kennis genomen van de voetverklaring van notaris Van Ringelesteijn, zoals weergegeven op bladzijde 5 van deze zienswijze. Rendant kan deze voetverklaring niet plaatsen

tegen het licht van de Akte en de daarin geboden mogelijkheid van wijziging en uitbreiding van het net en bestrijdt de inhoud daarvan. Rendant is over de voetverklaring bij deze partijakte – als rechthebbende - nooit gehoord. Zij constateert hier alvast dat deze voetverklaring niet alle percelen omvat die aan de Gemeente zijn overgedragen. Deze verklaring – wat daar ook van zij - geldt derhalve slechts voor een deel van die percelen.

In artikel 4 van deze Akte is het volgende bepaald (onderstrepingen, gemachtigde):

1. *De opstaller is gerechtigd om het opstalrecht aan te wenden voor de aanleg en exploitatie van netwerken ten behoeve van electriciteit en/of gas en/of communicatie en/of warmte casu quo koude en zulke netwerken in stand te houden en uit te breiden. Wijziging, uitbreiding of verwijdering van de werken zal te allen tijde zijn toegestaan. Wijziging, uitbreiding, of verwijdering van de werken zal in overleg met de grondeigenaar plaatsvinden.*

Duidelijk is dat wijziging en uitbreiding van het net wel degelijk is beoogd in de Akte. De bepaling moet worden begrepen in het licht van de plannen die op dat moment bestonden voor de polder die – in lijn met het bestemmingsplan van 2004 - in korte tijd moest worden ingericht als florerend bedrijvenpark. Rendant was de partij die uitrol en het beheer van de infrastructuur ter hand ging nemen en met het gevestigde opstalrecht kon zij de groei van het bedrijvenpark faciliteren.

In artikel 7 van de Akte hebben BRC en Rendant ter voorkoming van eventuele geschillen bij wege van vaststellingsovereenkomst bepaald dat de kabels en leidingen en alle daarmee verbonden zake door het opstalrecht en eventueel door horizontale natrekking mede in verband met artikel 5:21 lid 2 BW, eigendom zijn van Rendant.

In de Akte is tevens een exclusiviteitsbeding opgenomen ten gunste van Rendant, gevestigd als kwalitatieve verbintenis (6:256 BW), zodanig dat het bij overgang van de eigendom van het registergoed waarop het opstalrecht is gevestigd daarop blijft rusten en zal overgaan op degenen(n) die het verkrijgt/verkrijgen. Het exclusiviteitsbeding strekt ertoe dat geen andere opstalrechten en/of andere genots- c.q. gebruiksrechten aan derden zullen worden toegekend zonder de uitdrukkelijke toestemming van Rendant.

Het bovenstaande moet worden beschouwd in het licht van een Exploitatieovereenkomst,² die de Gemeente reeds op 28 augustus 2002 is aangegaan met BRC. Op grond van artikel 10.1 van deze Exploitatieovereenkomst diende BRC ten behoeve van de toekomstige netbeheerder – van Rendant was nog geen sprake - haar medewerking te verlenen aan de vestiging van een opstalrecht ten laste van de binnen de Polder Nieuwland gelegen gronden. Dat recht van opstal diende te omvatten het recht op kabels en leidingen te hebben in, op of boven de in het Exploitatiegebied gelegen gronden in verband met het aanbrengen van voorzieningen ten

² Rendant is geen partij bij deze Exploitatieovereenkomst en acht zich niet vrij deze hier over te leggen.