



PER AANGETEKENDE POST
EN PER E-MAIL <secretariaat.de@acm.nl>
Autoriteit Consument & Markt
t.a.v. Directie Energie
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

11 juni 2015

Onze ref: STYNE.0001
Uw ref: Ontwerpbesluiten Dow Netwerk B.V. - ACM/DE/2014/206136 (zaaknummer 12.0290.30) en ACM/DE/2015/202021 (zaaknummer 12.0291.30)
Betreft: Schriftelijke zienswijze Trinseo

Pierrette Gaasbeek en Mariska van de Sanden
Advocaten
Tel: +31 (0) 70 353 89 11
Fax: +31 (0) 70 353 88 92
E-mail: pierrette.gaasbeek@twobirds.com en
mariska.van.de.sanden@twobirds.com

Geachte heer Lindeijer, mevrouw Keverling,

ACM heeft op 30 april 2015 een tweetal ontwerpbesluiten gepubliceerd waarin zij haar voornemen uit om aan Dow Netwerk B.V. ("Dow") ontheffingen te verlenen van de verplichting tot het aanwijzen van een netbeheerder voor zowel haar gastransportnet als haar elektriciteitsnet te Terneuzen (kenmerken ACM/DE/2014/206136 (gas) en ACM/DE/2015/202021 (elektriciteit) "**Ontwerpbesluiten**"). Trinseo Netherlands B.V. (hierna "**Trinseo**") heeft haar zienswijze op de Ontwerpbesluiten mondeling kenbaar gemaakt tijdens de hoorzitting bij ACM op 1 juni jl. Mede naar aanleiding van hetgeen tijdens de zitting aan de orde is gekomen brengt zij het volgende naar voren.

Belanghebbendheid Trinseo

Tijdens de hoorzitting heeft ACM Trinseo gevraagd te onderbouwen dat zij belanghebbende is bij de Ontwerpbesluiten en meer specifiek welk *persoonlijk* belang Trinseo heeft. Trinseo heeft tijdens de hoorzitting al mondeling toegelicht waarom zij belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb is. Duidelijkheidshalve zet zij hieronder ook schriftelijk uiteen waarom zij een *persoonlijk* belang heeft bij de Ontwerpbesluiten en derhalve als belanghebbende moet worden aangemerkt.

Trinseo heeft een voldoende objectief en actueel, eigen *persoonlijk* belang dat haar in voldoende mate onderscheidt van andere afnemers. In de eerste plaats is zij belanghebbende bij de Ontwerpbesluiten omdat zij op het elektriciteits- en gasnet van Dow is aangesloten en gas en elektriciteit afneemt. Het gaat daarbij om aansluitingen op particuliere netten. Anders dan bij het openbare net, is hier geen sprake van een grote groep afnemers. Op het

gastransportnet is Trinseo - naast Dow zelf¹ - zelfs de enige afnemer. Op het elektriciteitsnet is naast Dow en Trinseo op dit moment alleen Air Liquide aangesloten.² Nu in beide gevallen geen sprake is van een grote groep aangeslotenen, meent Trinseo dat haar positie reeds hierom voldoende onderscheidend is. Bovendien onderscheidt de positie van Trinseo zich van de andere afnemers (dat wil zeggen ten opzichte van Dow zelf en – voor zover het het elektriciteitsnet betreft - Air Liquide). Op het elektriciteitsnet is Trinseo na Dow de grootste afnemer. Dit onderscheidt de positie van Trinseo ten opzichte van de positie van Air Liquide. In aanmerking nemende dat Dow zelf eigenaar is van het net, heeft Trinseo ook een geheel andere positie dan Dow. Een eigenaar heeft immers per definitie andere belangen dan een derde partij, zoals blijkt uit de inbreng van Trinseo in deze procedure. Het voorgaande geldt ook voor beide gastransportnetten: bij deze netten is Trinseo na Dow de grootste (en enige andere) afnemer van het gas. Ook hier onderscheidt de positie van Trinseo zich van die van Dow, doordat Dow tevens eigenaar is van de netten. Bovendien is het 8-bar gas(transport)net voor Trinseo van cruciaal belang, aangezien de door haar benodigde hoeveelheid gas enkel door dit net kan worden getransporteerd.³ Ook daardoor is haar positie onderscheidend van (eventuele) andere afnemers. Kortom, Trinseo voldoet aan de eerdergenoemde voorwaarden om als belanghebbende te kwalificeren.

8-Bar net

Tijdens de hoorzitting heeft Trinseo beargumenteerd dat het 8-bar net kwalificeert als een gastransportnet, omdat het *bestemd* is voor het transport van gas. Inmiddels heeft Trinseo kennis kunnen nemen van de inhoud van de huidige ontheffing voor het gastransportnet.⁴ Dit geeft Trinseo aanleiding haar mondelinge zienswijze als volgt aan te vullen.

In de huidige vergunning valt te lezen dat ACM (destijds NMa) nota bene zelf heeft vastgesteld dat het 8-bar net een gastransportnet is.⁵ Ook heeft ACM destijds al geconstateerd dat het gastransportnet primair is *bestemd* om Dow van gas te voorzien ten behoeve van haar centrale bedrijfsprocessen.⁶ Het gas dat Dow gebruikt om haar centrale bedrijfsprocessen op gang te houden, is afkomstig van GTS en dus aardgas in de zin van de Gaswet. Dit bevestigt het standpunt van Trinseo dat het 8-bar net als een gastransportnet kwalificeert.

Voorts blijkt dat ACM in de huidige ontheffing de toevoeging van fuelgas aan het netwerk klaarblijkelijk niet als een belemmering heeft gezien om te kunnen constateren dat er sprake is van gas in de zin van de Gaswet. Zoals Trinseo tijdens de hoorzitting onweersproken heeft gesteld, hebben zich sindsdien geen feitelijke wijzigingen voorgedaan die rechtvaardigen dat nu een andere conclusie wordt getrokken.

Tot slot wijst Trinseo erop dat voor de kwalificatie van fuelgas geldt dat de exacte samenstelling daarvan niet van belang is voor de beoordeling of sprake is van gas in de zin van de Gaswet. In het Ontwerpbesluit wordt immers in paragraaf 28 overwogen dat het erom gaat of het gas voor het merendeel uit methaan bestaat en uit de definitie van gas in de Gasrichtlijn volgt dat een vereiste is dat het veilig getransporteerd kan worden. Daarvan is bij fuelgas sprake. Dit betekent volgens de richtlijn en het criterium dat ACM zelf aanhoudt in

¹ Dow Benelux B.V. maakt onderdeel uit van dezelfde concern als Dow Netwerk B.V.

² In de toekomst zal ook Maschem op het elektriciteitsnet worden aangesloten. Dit zal de situatie echter niet veranderen, in die zin dat Trinseo de grootste afnemer blijft (na Dow).

³ Zie ook par. 2.3 e.v. van de spreekantekeningen van Trinseo t.b.v. de hoorzitting op 1 juni jl.

⁴ Het ontheffingsbesluit aan Dow van ACM van 20 oktober 2010 (kenmerk: 103519/12).

⁵ Zie par. 25 van het ontheffingsbesluit aan Dow van ACM van 20 oktober 2010 (kenmerk: 103519/12).

⁶ Zie par. 30 van het ontheffingsbesluit aan Dow van ACM van 20 oktober 2010 (kenmerk: 103519/12).

haar Ontwerpbesluit dat sprake is van gas zoals vereist voor de kwalificatie van een net als gastransportnet.

Overigens zijn vergelijkbare netten, waarbij eveneens sprake is van restgassen, ook als gastransportnet gekwalificeerd.⁷

Voorschriften

Derdentoeegang

Tijdens de hoorzitting heeft Dow aangevoerd, dat Trinseo op grond van de *Site Service Agreement* (de "**Overeenkomst**") tussen Dow en Trinseo vrije leverancierskeuze toekomt. Daarnaast wees Dow op de wijziging van de overeenkomst in 2013. Dow leek daarmee te willen zeggen dat, voor zover Trinseo zich niet kon vinden in het feit dat de overeenkomst geen ruimte laat voor derdentoeegang, zij daar ten tijde van de wijziging in 2013 Dow op had moeten wijzen, maar niet nu.

Zoals Trinseo tijdens de hoorzitting heeft uiteengezet laat de overeenkomst geen ruimte voor Trinseo om naar een andere leverancier over te stappen.

[Vertrouwelijk]

[Einde vertrouwelijk deel]

Naleving voorschriften

Echter, ongeacht hetgeen al dan niet in de overeenkomst tussen Dow en Trinseo is opgenomen, is Dow verplicht derdentoegang en transparante tarieven te bieden.¹¹ Tijdens de hoorzitting werd door Dow naar voren gebracht dat zij pas aan de voorschriften hoeft te voldoen zodra de ontheffingen zijn verleend en er nu geen reden is voor ACM om de ontheffingen niet te verlenen. Trinseo wijst erop dat de voorschriften ook aan de huidige ontheffing voor gas zijn verbonden.¹² Dit betekent dat Dow thans al aan de voorschriften dient te voldoen – en niet pas ná verlening van de ontheffingen. Trinseo beschikt, ondanks verzoeken bij ACM en het Ministerie van Economische Zaken (nog) niet over de verleende ontheffing voor het elektriciteitsnet. Trinseo kan deze daarom niet in haar zienswijze betrekken. Wat daar van zij, uit het *Citiworks*-arrest volgt dat Dow, ongeacht de voorschriften die door ACM worden opgelegd, derdentoegang moet bieden op haar netwerk.

Hoewel niet-naleving van de voorschriften op grond van artikel 2a, derde lid Gaswet en artikel 15, derde lid Elektriciteitswet als intrekingsgrond heeft te gelden, is het vaste rechtspraak dat een intrekingsgrond ook als weigeringsgrond heeft te gelden wanneer op voorhand duidelijk is dat een intrekingsgrond aan de orde is.

Zie bijvoorbeeld

CBB, 20 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ2293

'5.2 Het College begrijpt de tweede grief aldus dat de rechtbank ten onrechte eraan is voorbijgegaan dat DNB geen bevoegdheid heeft de verklaring als bedoeld in artikel 2, eerste lid, Besluit 1994 of als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Besluit reikwijdtebepalingen Wft te weigeren op grond van een negatief betrouwbaarheidsoordeel. Dienaangaande overweegt het College dat een redelijke uitleg van artikel 6, eerste lid, Besluit 1994 in verbinding met artikel 29, tweede lid, Wtv 1993 meebrengt dat een negatief betrouwbaarheidsoordeel niet alleen ten grondslag wordt gelegd aan een intrekking van bedoelde verklaring, maar ook aan de weigering een dergelijke verklaring te verlenen. Het kan in het belang van de verzekerden niet de bedoeling van de regelgever zijn geweest dat aan een onderlinge waarborgmaatschappij een verklaring wordt verleend terwijl reeds op dat moment een intrekingsgrond aan de orde is omdat de betrouwbaarheid van haar (mede)beleidsbepaler niet buiten twijfel staat.'

⁹ Het is overigens ook nog maar de vraag of een leverancier voor een zeer beperkt volume gas en elektriciteit wil leveren.

¹⁰ Er zijn enkel nieuwe services toegevoegd.

¹¹ Artikel 3:14 BW bepaalt immers dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijke recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

¹² Ontheffingsbesluit aan Dow van ACM van 20 oktober 2010 (kenmerk: 103519/12).

Rechtbank Rotterdam, 7 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1017

'[...] overweegt de rechtbank in dit verband dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest dat een accountantsorganisatie een vergunning wordt verleend op een moment dat een intrekingsgrond aan de orde is omdat de wettelijke controledossiers ernstige gebreken vertonen.'

Overigens heeft ACM onlangs zelf nog bevestigd dat het de bedoeling van de wetgever is om alleen ontheffingen te verlenen die voldoen aan de voorwaarden.

Zo voerde ACM in de AKZO-zaak¹³ aan: *'Het is de doelstelling van de wetgever om enkel ontheffingen te verlenen voor situaties die voldoen aan de voorwaarden die de derde Gasrichtlijn daaraan stelt.'*

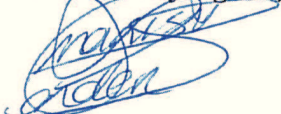
Nu op voorhand vaststaat dat zich een intrekingsgrond voordoet, meent Trinseo dat ACM de ontheffingen niet kan verlenen. Doet zij dit wel dan handelt ACM volgens Trinseo in strijd met het vereiste dat een besluit zorgvuldig wordt voorbereid, als bedoeld in art. 3:2 Awb alsook het vereiste dat een besluit blijkt moet geven van een evenredige belangenafweging als neergelegd in art. 3:4 Awb. Dit zou ook betekenen dat Trinseo in feite gedwongen wordt een handhavingsverzoek in te dienen, met de daarbij behorende kosten. In aanvulling daarop wijst Trinseo erop dat ACM niet verplicht is om een ontheffing te verlenen, zodra sprake is van een gesloten distributiesysteem. Zij heeft een discretionaire bevoegdheid om al dan niet een ontheffing te verlenen aan Dow.¹⁴ Niets staat ACM in de weg om aan Dow te berichten dat de ontheffing wordt verleend, zodra Dow heeft aangetoond dat zij vanaf het moment van verlening de Ontheffingsvoorwaarden zal naleven. Dit is geen onredelijke eis, omdat de voorwaarden al bekend zijn gemaakt bij het Ontwerpbesluit en tevens zijn verbonden aan reeds verleende ontheffingen. Dow is dan ook prima in staat vooraf te beoordelen wat de reikwijdte is van de verplichtingen die volgen uit de Ontheffingsvoorwaarden.

Afsluitend

Trinseo wenst dat voor alle netten, met inbegrip van het 8-bar net, een ontheffing wordt verleend onder de voorwaarden als opgenomen bij de Ontwerpbesluiten. Gezien de voorgeschiedenis en de opstelling van Dow tijdens en na de hoorzitting, meent Trinseo dat de ontheffingsaanvragen eerst voor toewijzing in aanmerking komen nadat Dow heeft aangetoond te voldoen aan de Ontheffingsvoorwaarden.

Indien ACM niettemin tot ontheffingverlening wenst over te gaan alvorens Dow heeft aangetoond te voldoen aan de Ontheffingsvoorwaarden, verzoekt Trinseo aan de ontheffingen in ieder geval een termijn te verbinden, waarbinnen Dow aan ACM moet rapporteren over de wijze waarop en termijn waarbinnen de geschilpunten met Trinseo over de Ontheffingsvoorwaarden zijn opgelost. Reden van het verzoek om deze termijn eraan te verbinden is de tot op heden weigerachtige houding van Dow om te voldoen aan de voorschriften. Trinseo heeft daarom alle redenen te veronderstellen dat Dow ook na de verlening van de ontheffingen niet uit eigen beweging aan de voorschriften zal voldoen.

Met vriendelijke groet,



Pierrette Gaasbeek en Mariska van de Sanden

¹³ CBB, 7 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:138.

¹⁴ Artikel 2a Gaswet en artikel 15 Elektriciteitswet spreken immers erover dat ACM een ontheffing 'kan' verlenen.

