



# Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DE/2016/206604

Zaaknummer: 15.1159.52

## 1 Aanleiding

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft, in verband met toezicht op naleving van artikel 16 lid 6 en artikel 18 van de Elektriciteitswet 1998 (hierna E-wet), onderzoek gedaan naar de wijze waarop Enduris B.V. (hierna: Enduris) haar netverliezen elektriciteit inkoop.
2. In artikel 16 lid 6 E-wet staat dat een netbeheerder die energie inkoop ter uitvoering van zijn wettelijke taken, dit moet doen op basis van een transparante, niet-discriminatoire en marktconforme procedure. In artikel 18 E-wet, eerste lid, staat dat een netbeheerder die in een groep van ondernemingen opereert, andere groepsmaatschappijen niet mag bevoordelen boven anderen waarmee een dergelijke groepsmaatschappij in concurrentie treedt, of anderszins voordelen mag toekennen die verder gaan dan in normaal handelsverkeer gebruikelijk is.
3. Op 30 augustus 2016 vond hierover een gesprek plaats tussen ACM en Enduris. Op verzoek van ACM heeft Enduris op 22 september 2016 nadere informatie aangeleverd.

## 2 Inhoud van de aanvraag

4. Op 16 november 2016 ontving ACM een aanvraag van Enduris tot het bindend verklaren van een toezegging als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet Autoriteit Consument & Markt (hierna: lw ACM).
5. In deze aanvraag geeft Enduris aan dat zij de netverliezen vanaf 1 januari 2017 inkoop op basis van een aanbesteding conform de procedure van artikel 3.33 van de Aanbestedingswet. De opdracht die inmiddels op basis van deze aanbesteding is gegund, geldt voor de periode tot en met 2019, met een mogelijkheid tot verlenging. Daarnaast zegt Enduris toe dat zij een vaststellingsovereenkomst met haar leverancier Delta Energy B.V. (hierna: Delta Energy) sluit om de lopende overeenkomst voor de inkoop van elektriciteit voor de jaren 2017 en 2018 te beëindigen. Enduris heeft een concept van deze vaststellingsovereenkomst bij haar aanvraag gevoegd. Enduris zegt toe dat zij deze toezegging op controleerbare wijze zal naleven, door kopieën van de getekende overeenkomst voor de inkoop van netverliezen en de getekende vaststellingsovereenkomst aan ACM toe te sturen. Verder zegt Enduris toe alle relevante wijzigingen in het nieuwe contract voor de inkoop van netverliezen of de afspraken met Delta Energy onverwijld aan ACM te melden.



## Besluit Openbaar

### 3 Wettelijk kader

6. Op aanvraag van een netbeheerder<sup>1</sup> kan ACM besluiten tot het bindend verklaren van een door die netbeheerder gedane toezegging. Op basis van artikel 12h lid 1 lw ACM vervalt de bevoegdheid van ACM tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan een netbeheerder voor concrete gedragingen die onder de reikwijdte van dit besluit vallen. Op basis van artikel 12h lid 2 lw is ACM bevoegd om een besluit te nemen als bedoeld in het eerste lid, als zij het bindend verklaren van een toezegging doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.
7. De bindendverklaring strekt ertoe niet-naleving van de E-wet weg te nemen of op adequate wijze te ondervangen. Nadat ACM een besluit tot bindendverklaring heeft genomen, moet de netbeheerder zich overeenkomstig het besluit gedragen (artikel 12h lid 5 lw ACM). ACM neemt het besluit voor een bepaalde periode. ACM kan deze periode verlengen (artikel 12h lid 6 lw ACM). Als een netbeheerder zich niet overeenkomstig het besluit gedraagt, riskeert hij een bestuurlijke boete (artikel 12m lw ACM).

### 4 Feiten en omstandigheden

8. In december 2015 ontving ACM een signaal over de inkoop van de netverliezen elektriciteit van Enduris bij Delta Energy. Enduris is aangewezen als netbeheerder in de zin van de E-wet. Samen met Delta Energy behoort Enduris tot het Delta-concern. Dit is een groep van ondernemingen zoals bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek.
9. Het hierboven genoemde signaal stelde dat Enduris ter uitvoering van haar wettelijke taak haar energie niet inkocht op basis van een transparante, niet-discriminatoire en marktconforme procedure, maar deze inkoop onderhands gunde aan Delta Energy. Dit zou een overtreding vormen van artikel 16 lid 6 E-wet. Daarnaast zou Enduris door de overeenkomst met Delta Energy een groepsmaatschappij boven anderen bevoordelen waarmee Delta Energy in concurrentie treedt, of zou Enduris anderszins voordelen aan Delta Energy toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk. Dit zou een overtreding zijn van artikel 18 E-wet.
10. Naar aanleiding van het signaal startte ACM een onderzoek. Uit dit onderzoek is gebleken dat Enduris aan Delta Energy onderhands opdrachten heeft gegund om in ieder geval van 2006 tot

---

<sup>1</sup>In artikel 12h lw ACM is opgenomen dat een 'marktorganisatie' de aanvraag tot bindendverklaring kan doen. Op grond van artikel 1 onder 1° van de lw ACM wordt onder 'marktorganisatie' onder meer verstaan een rechtspersoon, natuurlijke persoon of andere entiteit handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, met inbegrip van een onderneming als bedoeld in artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Een netbeheerder is eveneens een onderneming. In dit besluit spreekt ACM over een netbeheerder.



## Besluit Openbaar

en met 2018 de elektriciteit voor de netverliezen in te kopen. ACM stelt vast dat deze opdrachten niet op grond van een openbare (aanbestedings)procedure zijn gegund, in weerwil van het eigen aanbestedingsbeleid van Enduris.

11. Delta Energy kocht namens Enduris de benodigde elektriciteit op de lange termijn beurs ENDEX. Om een oordeel over de tarieven voor inkoop netverliezen te geven heeft ACM een analyse gemaakt op grond van de beschikbare data zoals die door netbeheerders aan ACM zijn overgelegd. Hierbij heeft ACM voor alle netbeheerders de kostenontwikkeling (zowel absoluut als relatief) beoordeeld, alsmede de ontwikkeling van de tarieven per GWh voor elke netbeheerder. Uit deze analyse is gebleken dat de kosten van Enduris in de periode 2008 – 2014 dezelfde dalende trend lieten zien als bij andere netbeheerders. In 2014 behoorden de kosten van Enduris zelfs tot de laagste.
12. Uit de overeenkomsten zoals deze door Enduris zijn overgelegd, is gebleken dat Enduris aan Delta Energy een profielpremie betaalde. Deze premie is omschreven als een verschuldigde vergoeding voor de levering van het energieprofiel van Enduris, overname van de programmaverantwoordelijkheid en het dragen van eventuele kosten van onbalans. Uit onderzoek blijkt dat deze vergoeding marktconform is. De vergoeding maakt daarbij relatief gezien slechts een klein deel uit van de totale kosten voor de inkoop van netverliezen.

3/4

## 5 Beoordeling van de aanvraag

13. ACM vindt het belangrijk dat netbeheerders de elektriciteit voor het compenseren van netverliezen inkopen via transparante, niet-discriminatoire en marktconforme procedures. Bij Enduris speelt de bijzondere omstandigheid dat zij (nog) onderdeel is van een geïntegreerd energiebedrijf. In een dergelijk energiebedrijf is er een verhoogd risico op bevoordeling van onderdelen binnen de groep. Juist in een geïntegreerd energiebedrijf kan een netbeheerder met een openbare aanbestedingsprocedure verzekeren dat de inkoop van bijvoorbeeld netverliezen op een transparante wijze plaatsvindt, met gelijke kansen voor alle energieleveranciers. Hieronder licht ACM toe waarom zij de aanvraag van Enduris om haar toezegging bindend te verklaren, inwilligt.
14. Met de toezegging is verzekerd dat Enduris haar netverliezen vanaf 1 januari 2017 conform artikel 16 lid 6 van de E-wet inkoop op basis van een transparante, niet-discriminatoire en marktconforme procedure. Daarnaast is met de toezegging verzekerd dat Enduris Delta Energy B.V. niet bevoordeelt door de inkoop van netverliezen onderhands aan haar te gunnen. Daarbij acht ACM van belang dat de vaststellingsovereenkomst, waarmee de inkoop van netverliezen bij Delta Energy tussentijds wordt beëindigd, volgens ACM geen verboden bevoordeling van Delta Energy oplevert als bedoeld in artikel 18 van de E-wet. ACM concludeert dan ook dat Enduris met de toezegging verzekert dat zij op deze punten in overeenstemming handelt met de wet.



## Besluit Openbaar

15. Naleving van de toezegging is bovendien voor ACM controleerbaar, onder meer doordat Enduris de getekende nieuwe overeenkomst voor de inkoop van netverliezen en de getekende vaststellingsovereenkomst met Delta Energy onverwijld aan ACM zal toesturen.
16. ACM acht het vanuit het oogpunt van handhaving van de E-wet doelmatig om in dit geval een toezeggingsbesluit te nemen. Het toezeggingsbesluit bewerkstelligt op een snelle en effectieve wijze dat Enduris haar netverliezen vanaf 1 januari 2017 inkoop conform artikel 16 lid 6 van de E-wet, zonder daarbij Delta Energy te bevoordelen. Nader onderzoek door ACM, dat noodzakelijk zou kunnen zijn voor het opstellen van een rapport, is door het bindend verklaren van deze toezegging niet meer nodig. Daarbij speelt voor ACM in dit geval mee dat ACM geen aanwijzingen heeft dat de wijze waarop Enduris in het verleden haar netverliezen heeft ingekocht, heeft geleid tot een (substantiële) bevoordeling van Delta Energy of (substantiële) schade voor afnemers van Enduris.
17. Gelet hierop is ACM van oordeel dat het bindend verklaren van de toezegging doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

4/4

## 6 Dictum

18. De Autoriteit Consument & Markt:
  1. verklaart de toezegging van Enduris op grond van artikel 12h Iw ACM bindend.
  2. zet het onderzoek naar een mogelijke overtreding van de artikelen 16 lid 6 en 18 E-wet voor de inkoop van netverliezen niet voort.

Den Haag:

Datum:

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g.

drs. D.I. Bos  
Directeur Energie

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.