DE JURIDISCHE RANDVOORWAARDEN VOOR DE CREATIE VAN EEN E-OV-HUB

Rapport geschreven door [redacted] en [redacted], Tilburg University

In opdracht van Gemeente Rotterdam – [redacted], Coordinatie en afstemming door [redacted] (HTA-Rail) en [redacted] (Stevin)

SEPTEMBER 2021

Versie 2021-9

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding 1

Methode 3

Structuur rapport 4

2. Het Europese en Nederlandse energierecht 5

2.1. Kwalificatie E-OV-Hub 5

2.1.1. Directe lijn 5

2.1.2. Net of installatie 6

2.1.2.1. WOZ-objecten en afnemers in de zin van artikel 1(1)(c) E-wet 8

2.1.2.2. Afnemers in de zin van artikel 1(2) E-Wet 11

2.1.2.3. Tussenconclusie 12

2.1.3. Gesloten Distributie Systeem (GDS) 12

2.1.3.1. De ontheffing voor de beheerder van een GDS 13

2.1.3.1.1. De kwalificatie als GDS 14

2.1.3.1.2. De eisen aan de aanvrager 16

2.1.3.1.3. De ontheffingsgronden 17

2.1.3.1.4. Tussenconclusie 20

2.1.3.2. EU Richtlijn: regels waarvan mag worden afgeweken voor een GDS 20

2.2. Gevolgen kwalificatie GDS 21

2.2.1. Ontheffing van de verplichting tot het aanstellen van een systeembeheerder 21

2.2.1.1. Het aanwijzen van een systeembeheerder: achtergrond 21

2.2.1.2. Het monopolie van de systeembeheerder 22

2.2.1.3. De ontheffing van de aanwijsplicht 22

2.2.2. Verplichtingen 23

2.2.2.1. Takenpakket en verplichtingen GDS 23

2.2.2.2. Verplichtingen inzake toegang en aansluiting 26

2.2.2.2.1. Europese Elektriciteitsrichtlijn 26

(a) Derdentoegang en leveranciersvrijheid 26

(b) Universele dienstverlening 29

(c) De relatie tussen derdentoegang en universele dienstverplichting 30

(d) Lidstaten kunnen de toegang beperken tot bepaalde systemen 31

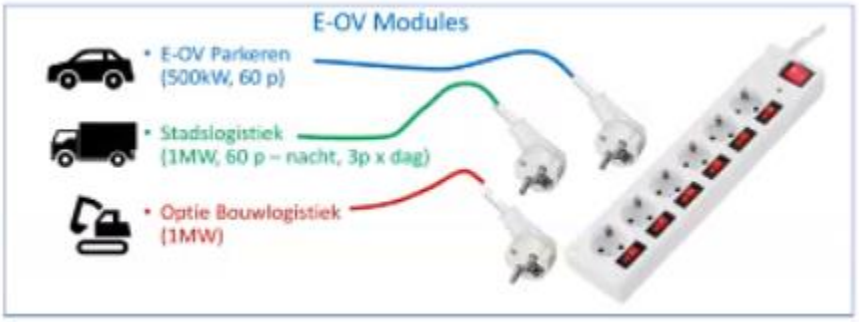
2.2.2.2.2. De nieuwe concept Energiewet 32

(a) De vrije leverancierskeuze, de aansluit- en transporttaak 32
2.2.2.3. Uitzonderingen op toegangsverplichtingen 37
2.2.2.3.1. Beperkte capaciteit 37
2.2.2.3.2. Openbaredienstverplichting 40
2.2.2.3.3. Tussenconclusie 42
2.2.3. Andere relevante bepalingen inzake de E-OV-Hub 44
2.2.3.1. Actieve afnemer 44
2.2.3.2. Flexibiliteit Diensten 44
2.2.3.3. Integratie elektromobiliteit in het elektriciteitsnet 47
2.2.3.4. Tussenconclusie 49
3. De Europese en Nederlandse Spoorwetgeving 50
4. Mededingingsrecht 53
4.1. Achtergrond van het verbod van misbruik van machtspositie 53
4.1.1. Onderneming 55
4.1.2. Machtspositie 55
4.2. Tussenconclusie 60
5. Conclusie rapport 62
6. Overzicht aanbevelingen 65

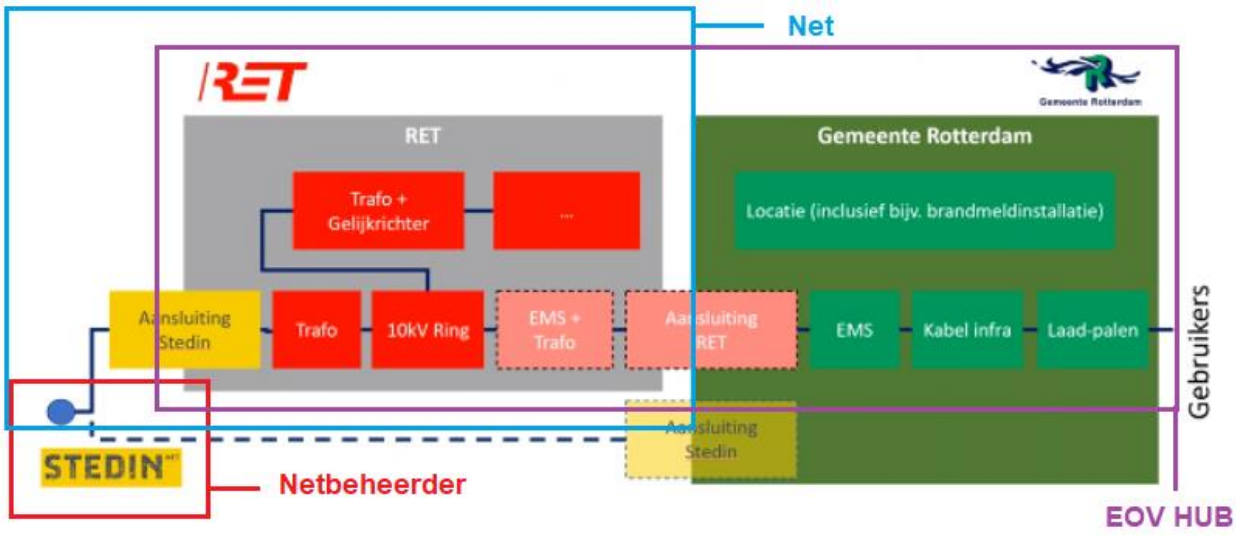
1. Inleiding

Met het oog op de energietransitie naar een duurzame energievoorziening zijn innovatieve oplossingen wenselijk die een oplossing bieden voor de huidige knelpunten op het gebied van de schaarse netwerkcapaciteit in het elektriciteitsnetwerk. Deze oplossingen kunnen bijdragen aan een efficiënte integratie van duurzame energie in het energiesysteem door de stimulering van lokale opwek en gebruik van duurzame elektriciteit en zijn daarom belangrijk voor de realisatie van de doelstellingen uit het Klimaatakkoord. Daarnaast kunnen deze oplossingen ook bijdragen aan een efficiënte integratie van het elektrisch vervoer in het energiesysteem, hetgeen belangrijk is voor de realisatie van de doelstellingen inzake de elektrificatie van het (openbaar) vervoer.

De creatie van een E-OV-Hub past in deze beoogde energietransitie. Het concept stimuleert een optimaal netwerkgebruik door de bevordering van lokale opwek en gebruik van elektriciteit door een openbaar vervoersbedrijf. Het E-OV-Hub concept komt voort uit een gezamenlijk initiatief van MRDH, RET en de G4 (Gemeenten Rotterdam, Amsterdam, Utrecht en Den Haag) waarbij het idee centraal staat dat het metrobedrijf een energieaansluiting realiseert voor laadpalen van het busbedrijf van de gemeente en ook elektriciteit doorlevert. Het gaat hier met name over het gebruik van de rest elektriciteitscapaciteit van het metronetwerk als laadcapaciteit (1 - 9 MW) voor het laden van E-mobiliteit (waaronder EV parkeren) en stads- en bouwlogistiek.



Het railnetwerk van de RET wordt beheerd door RET Infrastructuur BV van de RET groep. Deze laatste is een structuur N.V., met de gemeente Rotterdam en de Metropoolregio Rotterdam Den Haag (MRDH) als enige aandeelhouders. Het railnetwerk is aangesloten op het netwerk van Stedin. Via een 10kv Ring wordt het net van tractie voorzien. Op het railnetwerk wordt metrovervoer aangeboden door het RET vervoersbedrijf van de RET groep, dat een concessie heeft tot aanbieden van personenvervoer op grond van de Wet Personenvervoer 2000.



In het kader van de energietransitie van OV-bussen is in de vervoersconcessies bepaald dat gemeentelijke railbedrijven wel capaciteit en stroom aan derden zullen gaan leveren.

Om de realisatie van de E-OV-Hub mogelijk te maken, moeten de juridische randvoorwaarden en mogelijkheden voor de realisatie van een E-OV-Hub worden verduidelijkt.

De realisatie van een E-OV-Hub biedt veel kansen, ten aanzien van de beoogde energietransitie en de integratie van elektrisch vervoer in het energiesysteem. De ontwikkeling van een E-OV-Hub speelt zich af in een zeer complex juridisch kader, dat in ontwikkeling is omdat de huidige wettelijke kaders moeten worden aangepast om de energietransitie mogelijk te maken. Verschillende juridische regimes zijn van toepassing op de ontwikkeling van een E-OV-Hub, waarvan de implicaties in kaart moeten worden gebracht. In dit verband moet niet alleen de Europese en nationale wetgeving voor de regulering van de elektriciteitsnetwerken en de levering van elektriciteit grondig worden geanalyseerd, maar moet ook worden gekeken naar de Europese en nationale wetgeving voor de regulering van vervoersbedrijven en beheerders van railnetwerken. Er moet ook aandacht worden besteed aan de eisen die voortvloeien uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en dan in het bijzonder de mededingingsregels, waaronder artikel 106 VWEU en artikel 102 VWEU.

Het doel van dit onderzoeksrapport is om de juridische randvoorwaarden voor de ontwikkeling van een E-OV-Hub in kaart te brengen en waar nodig suggesties voor verduidelijking of aanpassing te doen aan de Europese en nationale wetgever. Binnen het kader van de energiewetgeving stelt zich de kernvraag hoe het elektriciteitsnet van de E-OV-Hub moet worden gekwalificeerd. Het antwoord op deze vraag kan immers een aantal belangrijke juridische

gevolgen met zich brengen, waaronder de verplichtingen om een netwerkbeheerder aan te wijzen, de derdentoegangsverplichtingen, de ontvlechtingsverplichtingen en boekhoudkundige verplichtingen. In wat volgt zal daarom eerst worden ingegaan op de mogelijke kwalificatie van het elektriciteitsnet van de hub, gevolgd door de verplichtingen die voor de beheerder daaruit voortvloeien. Het zal ook duidelijk worden dat de bestaande regelgeving voorziet in enkele uitzonderingen ten voordele van de beheerder van het elektriciteitsnetwerk van de E-OV-Hub. Aanbevelingen zullen geformuleerd worden met betrekking tot de rechtsgronden die van toepassing zijn en ingeroepen kunnen worden. Voorts zal worden verduidelijkt in welke mate de E-OV-Hub past in de huidige energietransitie, waarbij aandacht zal worden besteed aan de garantie van flexibiliteitsdiensten en het belang van elektromobiliteit. In de loop van dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat er binnen de Nederlandse energiewetgeving nog enkele onduidelijkheden bestaan, of dat verdere implementatie van Europese regelgeving noodzakelijk is.

Binnen het kader van de spoorwetgeving zijn ook enkele regels van toepassing die bij de ontwikkeling van de E-OV-Hub in acht moeten worden genomen. Aangezien de RET een alleenrecht heeft voor het aanbieden van personenvervoer per metro, bestaat een vermoeden van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. Daarom schenkt dit rapport aandacht aan de uitgangspunten van het mededingingsrecht, waarmee rekening moet worden gehouden bij de oprichting van een E-OV-Hub.

Methode

Dit rapport heeft tot doel de juridische voorwaarden en mogelijkheden voor de realisatie van een E-OV-Hub in kaart te brengen. Daartoe wordt gebruik gemaakt van een verkennende en beschrijvende juridische analyse van de Europese en Nederlandse wetgeving, inclusief de bestaande regelgeving en de voorgenomenwetswijzigingen. Verder wordt rekening gehouden met de bijbehorende parlementaire stukken, bestaande doctrine en relevante jurisprudentie. In ieder geval dient het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de doelstellingen en bepalingen van het EU-recht te worden geïnterpreteerd. In het eerste deel van dit verslag moeten de bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 en het nieuwe ontwerp van de Energiewet derhalve worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de doelstellingen en bepalingen van de Elektriciteitsrichtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit zal het mogelijk maken een duidelijk beeld te krijgen van het rechtskader waarbinnen de E-OV-Hub eventueel kan functioneren en van de knelpunten die nadere aandacht behoeven.

Structuur rapport

Dit rapport is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 bevat een analyse van het Europees en nationaal energierecht. Hoofdstuk 3 bevat de analyse van de voorwaarden die voortvloeien uit de Europese en nationale spoorwetgeving en de Wet Personenvervoer 2000. Hoofdstuk 4 bevat de mededingingsrechtelijke analyse. De hoofdstukken 5 en 6 worden afgesloten met respectievelijk een conclusie en een overzicht van aanbevelingen.

2. Het Europese en Nederlandse energierecht

2.1. Kwalificatie E-OV-Hub

Het Nederlandse energielandschap bestaat uit landelijke en regionale gas- en elektriciteitsnetten die worden beheerd door openbare en gereguleerde systeembeheerders, onder wie de regionale systeembeheerder Stedin. Deze systeembeheerders zijn in handen van de overheid en staan onder toezicht van de Autoriteit Consument & Markt (ACM).[1] Anderzijds is er ook een groot aantal private netten waarbij het net wordt beheerd door de neteigenaar wanneer deze aan een aantal voorwaarden voldoet. Het gaat dan om een gesloten distributiesysteem (GDS).[2] Daarnaast is ook mogelijk dat er sprake is van een installatie of directe lijn.[3] De kwalificatie van het elektriciteitsnet van de E-OV-Hub is van belang aangezien dit de juridische verplichtingen en mogelijkheden voor de eigenaar beïnvloedt, waaronder het aanvragen van een ontheffing voor het aanwijzen van een systeembeheerder en derdentoegang. Zo heeft de kwalificatie van een stelsel van aansluitingen als installatie belangrijke juridische gevolgen, aangezien de aanvrager dan geen systeembeheerder hoeft aan te wijzen voor het beheer ervan.[4] In het verslag zal eerst en vooral worden nagegaan of er sprake is van een directe lijn, en vervolgens of het gaat om een net of een installatie.

2.1.1. Directe lijn

Er is sprake van een directe lijn indien het gaat om een elektriciteitslijn tussen een (geïsoleerde) producent en een (geïsoleerde) gebruiker, of een elektriciteitslijn tussen een elektriciteitsproducent en een elektriciteitsleverancier en nodig is voor de directe bevoorrading van de vestigingen, dochterondernemingen en in aanmerking komende afnemers.[5] Het regime voor directe lijnen is een afzonderlijke categorie binnen de Elektriciteitswet 1998 (E-wet), waarop de regels voor netten niet van toepassing zijn. Een belangrijk verschil met de installatie is dat er sprake is van meerdere partijen: de producent, de verbruiker en eventueel een leverancier die tussenkomt. Per definitie zijn er ook geen afnemers aangesloten op een directe lijn. Afnemers

[1] Autoriteit Consument & Markt (ACM), Autoriteit Consument & Markt | ACM.nl
[2] Art. 1(1)(aq) Elektriciteitswet 1998 (E-Wet 1998); Art. 15 E-Wet 1998.
[3] Art. 1(1)(i) E-Wet 1998.
[4] Volgt uit Art. 10(9) E-Wet 1998; Besluit van de ACM inzake NS station Leiden, 29 oktober 2018, ACM/15/023268.
[5] Art. 2(41) Richtlijn 2019/944; Zie ook art. 1(1)(ar) E-Wet 1998.

vinden enkel een aansluiting op een net, terwijl bij een directe lijn wordt gesproken van gebruikers.[6] De wetgeving gaat uit van twee soorten directe lijnen, waarbij het gaat om (a) een directe lijn die op geen enkel punt met een andere net (openbaar of GDS) is verbonden of (b) een directe lijn die wel met een ander net verbonden is.[7] In het eerste geval gaat het om een geïsoleerde verbinding tussen een product-installatie en verbruiker.[8] In het tweede geval gaat het om een lijn waarbij deze "*ten hoogste via de installatie van één aangeslotene*" met het net is verbonden, wat wil zeggen dat de producent of de verbruiker slechts één aansluiting (en dus één afnemer op het openbare net of GDS) op een net mag hebben. Heeft het stelsel van verbindingen meer dan één aansluiting, dan kan er geen sprake zijn van een directe lijn, maar zal het gaat over een net. Verder kan een verbinding geen directe lijn zijn als de verbinding tussen de productie-installatie en de verbruiker zelf direct is verbonden met een net.[9]

Het idee van de E-OV-Hub is dat overtollige elektriciteit, deels gecontracteerd via een leverancier die is aangesloten op het elektriciteitsnet en deels opgewekt via de rembewegingen op het spoor, wordt doorgeleverd aan verwante (bedrijven) en derden.[10] Hier zal dus geen sprake zijn van een directe lijn, omdat de lijn momenteel zowel via de energieleverancier als via het infrastructuurbedrijf is verbonden met het openbare net. In de toekomst komen daar ook de aansluitingen van verwante en derde bedrijven bij.

2.1.2. Net of installatie

Aangezien het niet gaat om een directe lijn, rijst de vraag of het al dan niet om een 'net' of 'installatie' gaat. Wat een 'installatie' precies inhoudt wordt niet gedefinieerd in de Elektriciteitswet. Een 'net' daarentegen wordt wel gedefinieerd als het volgende: "*één of meer verbindingen voor het transport van elektriciteit en de daarmee verbonden transformator-, schakel-, verdeel- en onderstations en andere hulpmiddelen, behoudens voor zover deze verbindingen en hulpmiddelen onderdeel uitmaken van een directe lijn of liggen binnen de installatie van een*

[6] Art. 1(1)(ar) E-Wet 1998.
[7] Julia Eijkens, Peter van Asperen en Vincent Lindijer, "Net Anders - II Een diversiteit aan private netten en directe lijnen", (2019), *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, nr. 2, 63 - 64.
[8] Art. 1(1)(ar), 1° E-Wet 1998.
[9] Kamerstukken II (2012/13), 33 493, nr. 6, p. 27; Julia Eijkens, Peter van Asperen en Vincent Lindijer, "Net Anders - II Een diversiteit aan private netten en directe lijnen", (2019), *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, nr. 2, 63 – 64. Een voorbeeld hiervan is een productie-installatie samen met één of meerdere verbruikers die op een railsysteem is aangesloten, waarbij het railsysteem vervolgens op een net is aangesloten, is geen directe lijn.
[10] Art. 1(1)(g) E-Wet 1998.

producent of van een afnemer".[11] De begrippen 'installatie, 'directe lijn' en 'net' zijn met andere worden complementair aan elkaar en sluiten elkaar uit.[12] Voor verdere duidelijkheid over de kwalificatie van de hub als net of installatie kan beroep worden gedaan op de ontheffingsbesluiten van de ACM en verdere jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Dit kan verder aantonen hoe deze termen in de praktijk worden geïnterpreteerd en toegepast.

Zo stelt het CBb dat het stelsel van elektriciteitsverbindingen waarop slechts de eigenaar zelf is aangesloten, aangemerkt kan worden als installatie. Indien een derde op deze elektriciteitsverbinding wordt aangesloten, dan gaat het echter om een net in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel i E-Wet.[13] Om te bepalen of er een derde als afnemer aangesloten is op het stelsel van verbindingen, dient te worden gekeken naar de definities van 'afnemer' en 'aansluiting'. Een afnemer wordt gedefinieerd als eenieder die een aansluiting heeft op een net.[14] Een aansluiting wordt op zijn beurt door de Elektriciteitswet gedefinieerd als "*één of meer verbindingen tussen een net en een onroerende zaak als bedoeld in artikel 16, onderdelen a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken*".[15]

Bij de analyse van een ontheffingsverzoek voor een gesloten distributiesysteem (zie hierna) bekijkt de ACM of er naast de eigenaar een derde is die als afnemer kwalificeert en op dat net is aangesloten. Zoals uit bovenstaande definities van 'afnemer' en 'aansluiting' blijkt, moet worden nagegaan of er sprake is van een WOZ-beschikking met betrekking tot een onroerende zaak van een derde. Indien dit het geval is, zal de derde als afnemer kwalificeren.[16] Wanneer naast de eigenaar van het net een derde als afnemer gekwalificeerd zal worden, zal het gaan om een net. In het ontheffingsbesluit zal de ACM dus in de eerste instantie nagegaan of er één of meerdere WOZ-objecten van de eigenaar en derden zijn die met elkaar in verbinding staan om elektriciteit tussen deze WOZ-objecten te transporteren.[17] Er is dus sprake van een net wanneer zich achter één aansluiting (hier: de aansluiting op het openbare net van Stedin) meerdere WOZ-objecten

[11] Art. 1(1)(i) E-Wet 1998.
[12] Besluit van ACM inzake Koninklijke Ten Cate B.V., ACM/18/033530 en ACM/18/033527, 1 oktober 2018, randnummer. 19; College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb), Salinco t. NMA, 23 juli 2012, ECLI:CBB:NL:2012:BX4120, onderdeel 'het bestreden besluit', randnummer 31.
[13] Besluit van ACM inzake Koninklijke Ten Cate B.V., ACM/18/033530 en ACM/18/033527, 1 oktober 2018, randnummer 20; CBb, Salinco t. NMA, 23 juli 2012, ECLI:CBB:NL:2012:BX4120, randnummer 6.2.
[14] Art. 1(1)(c) E-Wet 1998.
[15] Art. 1(1)(b) E-Wet 1998.
[16] Besluit van ACM inzake Koninklijke Ten Cate B.V., ACM/18/033530 en ACM/18/033527, 1 oktober 2018, randnummer 21.
[17] ACM, Beslissingsboom 'zal er sprake zijn van een illegaal privaat net', https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/beslisboom-zal-er-sprake-zijn-van-een-illegaal-privaat-net.pdf.

bevinden. Is dit niet het geval, en is er sprake van slechts één WOZ-object, dan zal er, op enkele uitzonderingen na[18], gesproken worden van een installatie.

In het geval van de E-OV-Hub zal dus eerst worden vastgesteld of derden op het stelsel van verbindingen aanwezig zijn, of zij een WOZ-beschikking hebben en bijgevolg als afnemer kunnen worden aangemerkt. De volgende actoren kunnen derden zijn, en kunnen (afhankelijk van de juridische analyse) als afnemer in aanmerking komen: (a) het metrobedrijf (gezien dit vervoersbedrijf geen eigenaar is van het net), (b) RET bus BV, (c) het bedrijf dat eigenaar is van de laadpalen, en (d) eventuele toekomstige afnemers die een aansluiting krijgen op de E-OV-Hub (e.g. de gemeente Rotterdam en andere derden).

2.1.2.1. WOZ-objecten en afnemers in de zin van artikel 1(1)(c) E-wet

In eerste instantie moet worden nagegaan of er meerdere WOZ-objecten zijn. Indien er dus sprake is van een WOZ-object (dat niet toebehoort aan de eigenaar van het net), zal er een aansluiting van een afnemer (in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel c E-wet) zijn tussen dit WOZ-object en het net, en dan kan de E-OV-Hub worden gekwalificeerd als een net. Het is doorgaans de regel dat, bij het nagaan of er sprake is een WOZ-object, gekeken worden naar de afbakening van de WOZ-objecten vastgesteld door de gemeente.[19]

Met betrekking tot de infrastructuur die gebruikt wordt voor de metro, is het mogelijk dat deze als één WOZ-object gezien kan worden en dus geen afzonderlijke WOZ-objecten uitmaakt. Dat is relevant, gezien het hier waarschijnlijk gaat om één WOZ-object dat toebehoort aan de eigenaar van het elektriciteitsnet. De infrastructuur, als één WOZ-object, leidt dus niet tot de vaststelling dat een derde is aangesloten op het elektriciteitsnet. Met betrekking tot analyse van de infrastructuur als één WOZ-object kan worden verwezen naar de uitspraak van het CBb waarin is aangenomen dat de railinfrastructuur van ProRail die zich over het gehele land uitstrekt als één onroerende zaak kan worden aangemerkt.[20] Dit omdat er sprake is van een samenstel van (delen van) onroerende zaken die bij dezelfde belastingplichtige in gebruik zijn en die, naar de

[18] Dit is het geval wanneer er één WOZ-beschikking is, maar er in feite sprake is van meerdere onroerende zaken (bv. ombouw kantoor naar appartementen), de zakelijke rechten verdeeld zijn over verschillende personen en de zaken gesplitst kunnen worden en/of niet een samenstel vormen. Zie: ACM, Beslissingsboom 'zal er sprake zijn van een illegaal privaat net', https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/beslisboom-zal-er-sprake-zijn-van-een-illegaal-privaat-net.pdf.
[19] Besluit van de ACM inzake NS station Leiden, 29 oktober 2018, ACM/15/023268, randnummer 28 - 29.
[20] Uitspraak Hoge Raad inzake ProRail t. N.V. Continuon Netbeheer et al., 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4063, randnummer 3.7.3.

omstandigheden beoordeeld, bij elkaar horen.[21] In het ontheffingsbesluit inzake ProRail werd deze uitspraak toegepast door de ACM.[22] De ACM stelde daarbij ook dat de installaties en technische systemen voor de monitoring van de infrastructuur en de beveiliging van het treinverkeer die ProRail beheert en die door het stelsel van verbindingen worden voorzien, integraal deel uitmaken van het spoorwegnet en dus geen afzonderlijke onroerende zaken zijn.[23] Een gelijkaardige redenering zou kunnen worden aangenomen ten aanzien van de metro infrastructuur van het RET.

Het is echter niet duidelijk of de laadpalen behorend tot de E-OV-Hub van het metrobedrijf ook onder hetzelfde WOZ-object vallen, of een zelfstandig onroerende zaak vormen (en dus van een derde deel uitmaakt). Het antwoord hierop hangt af van de vraag of het gaat om geïsoleerde laadpaal die een zelfstandig onroerende zaak vormt, of dat deze een samenstel vormt met een andere zelfstandig WOZ-object.[24] Van een zelfstandige onroerende zaak zal sprake zijn wanneer (een gedeelte van) een onroerende zaak blijkens zijn indeling bestemd is om als een afzonderlijk geheel te worden gebruikt.[25] Anderzijds is er sprake van een samenstel wanneer de gebouwde eigendommen door dezelfde belastingplichtige worden gebruikt en, naar de omstandigheden beoordeeld, bij elkaar horen (m.a.w., wie de eigenaar is, is hier niet van belang). Wanneer de laadpaal enkel gebruikt wordt door het gebouw waarmee het verbonden is (hier: de metro infrastructuur), zal het waarschijnlijk gaan om een samenstel en bijgevolg één WOZ-object. Indien het oplaadstation echter door meerdere belastingplichtige gebruikers wordt gebruikt (wat het geval lijkt te zijn met de E-OV-Hub), zal het waarschijnlijk om een zelfstandige onroerende zaak gaan.[26] Het zou bijgevolg gaan om een laadpaal met een aparte aansluiting op het stelsel van verbindingen.[27] Het vraagstuk met betrekking tot de laadpunten kan nog verder gaan en leiden tot de vraag of de verbinding tussen een gebouw en een oplaadstation eventueel zelf als een net kan worden beschouwd. Indien de eigendom van de laadpaal toebehoort aan iemand anders dan de eigenaar van het gebouw, is er een derde partij die is aangesloten, en dus zal deze verbinding als een net kwalificeren.[28] In ieder geval lijkt het erop dat de laadpalen als een aparte WOZ-object

[21] Art. 16(d) Wet Waardering Onroerende Zaken (Wet WOZ).
[22] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 30.
[23] Ibid.
[24] Artikel 16 (c)-(d) Wet WOZ.
[25] Kamerstukken II (1992/93), 22 885, nr. 3, p. 14.
[26] Lisette Baljon, “Juridische aspecten van het plaatsen van laadpalen voor elektrisch vervoer”, (2015), *Nederlands tijdschrift voor Energierecht*, nr. 2, 68 - 69.
[27] Ibid.
[28] Ibid, 69 - 70.

gekwalificeerd kunnen worden. Dit gaat hier echter om zeer nieuwe materie en het zal afwachten worden hoe de ACM hierover in het ontheffingsbesluit zal oordelen.

Voorts zal het ook raadzaam zijn aandacht te besteden aan de samenstelling van de groep RET. Het is namelijk zo dat het bedrijf RET zelf een aansluiting heeft op het openbare net beheerd door Stedin, maar er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen RET infrastructuur BV die het railnetwerk van het RET beheert, en anderzijds het vervoersbedrijf dat een vervoersconcessie bezit. Verder zou ook RET Bus BV gebruik maken van dit net, en dient te worden nagegaan of zij ook effectief reeds een aansluiting heeft op het net. Indien dit momenteel nog niet het geval is, dan lijkt het in elk geval de bedoeling om RET Bus BV in de toekomst een aansluiting te geven op de E-OV-Hub. In ieder geval moet, met betrekking tot de analyse inzake de kwalificatie als een net, een belangrijke opmerking worden gemaakt wanneer het gaat om een groep ondernemingen. Hoewel RET Bus BV, het metrobedrijf en RET Infrastructuur BV deel zouden uitmaken van dezelfde organisatie, blijkt uit gesprekken met de ACM dat zij wel uitgaan dat dit aparte ondernemingen vormen bij de analyse van de ontheffingsaanvraag. Met betrekking tot openbaarvervoerbedrijven dient wel te worden opgemerkt dat de Elektriciteitswet 1998 hiervoor in een afzonderlijke regel voorziet, die hieronder zal worden toegelicht.

Dat er sprake is van aparte ondernemingen is van belang voor de kwalificatie van het net, gezien het CBb in de zaak Salinco stelde dat wanneer "*meerdere onderscheiden rechtspersonen en/ of vennootschappen als producent of afnemer zijn aangesloten op een stelsel van verbindingen, dit stelsel van verbindingen moet worden beschouwd als een net in de zin van de E-wet*".[29] Het CBb onderlijnde dat dit ook het geval is wanneer deze rechtspersonen en/of vennootschappen deel uitmaken van één en dezelfde groep van ondernemingen en eigendomsverknochtheid kennen.[30] Het is dus inderdaad zo dat deACM de ondernemingen binnen de RET groep kan zien als aparte ondernemingen. Dit zijn derhalve derden voor wie afzonderlijk, op basis van de hierboven uiteengezette analyse, moet worden nagegaan of zij als afnemers (en dus derden) in de zin van artikel 1(1)(c) E-wet kunnen worden beschouwd.

Als laatste dient ook onderlijnd te worden dat het uiteindelijk de doelstelling is van de E-OV-Hub om bijkomende derden toe te voegen, en zo de restcapaciteit van het net door te leveren. Het is

[29] CBb, Salinco t. NMA, 23 juli 2012, ECLI:CBB:NL:2012:BX4120, randnummer 6.3.
[30] Ibid.

dus niet mogelijk dat het zal gaan om een installatie. De E-OV-Hub zal in elk geval kwalificeren als een net in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel I van de Elektriciteitswet 1998.

2.1.2.2. Afnemers in de zin van artikel 1(2) E-Wet

Met betrekking tot de kwalificatie van een afnemer, voorziet de Elektriciteitswet 1998 een aparte regime voor bepaalde ondernemingen. Zo stelt de wet uitdrukkelijk dat het organisatieonderdeel dat zich hoofdzakelijk bezighoudt met het openbaar vervoer per metro, als een afnemer wordt beschouwd.[31] Het gaat hier om een afnemer "*die uitsluitend ingevolge de technische aard van zijn bedrijfsuitoefening beschikt over verscheidene aansluitingen*".[32] Dit wordt ook overgenomen in het nieuwe wetsontwerp, waarin wordt gepreciseerd dat het gaat om een aangeslotene met een grote aansluiting.[33]

Met betrekking tot het metrobedrijf dient dus niet de voorgaande analyse te worden toegepast. Er moet dus niet worden nagegaan of er sprake is van een WOZ-object, waardoor er een aansluiting ontstaat van een afnemer in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel c E-wet. De wettelijke bepaling opgenomen in artikel 1, lid 2, E-wet geldt hier: het metrobedrijf kan hierdoor beschouwd worden als een afnemer. Het bedrijf, dat zich hoofdzakelijk bezighoudt met openbaar vervoer per metro, kan immers als één afnemer worden gekwalificeerd, ondanks het feit dat er sprake zou zijn van meerdere aansluitingen.

Wat het metrobedrijf betreft, moet dus worden begrepen dat deze organisatie, ook al omvat zij meerdere aansluitingen, als één afnemer kan worden beschouwd. Hieraan verbindt de wetgeving de volgende voorwaarden: (a) de verscheidene aansluitingen volgen uit de technische aard van de bedrijfsuitoefening, (b) de totale beschikbare gestelde vermogen is meer dan 2 MVA en (c) de bedrijfsuitoefening door deze eenheid geschiedt op fysiek geïntegreerde basis.[34] Indien het metrobedrijf aan deze voorwaarden voldoet, kan het dus worden beschouwd als één afnemer in de zin van artikel 1, lid 2, E-wet.

Aangezien de E-OV-Hub onder het metrobedrijf valt, is het van belang op te merken dat de Elektriciteitswet 1998 uitdrukkelijk bepaalt dat de organisatorische eenheid die zich hoofdzakelijk bezighoudt met openbaar vervoer per metro als afnemer wordt beschouwd. Dit wordt ook

[31] Art. 1(2) E-Wet 1998.
[32] Art. 1(2) E-Wet 1998.
[33] Art. 1.2 concept wetsvoorstel Energiewet, versie internetconsultatie 17 december 2020 ('concept Energiewet').
[34] Art. 1(2)(a) - (c) E-Wet 1998.

overgenomen in de nieuwe concept Energiewet, waarbij wordt gespecificeerd dat het om een aangeslotene met een grote aansluiting gaat.

2.1.2.3. Tussenconclusie

Op grond van voorgaande analyse kan worden vastgesteld dat in de huidige situatie argumenten zijn te geven dat het netwerk van RET infrastructuur kan worden aangemerkt als een Net. Dit volgt uit de analyse dat er, naast de eigenaar van het net, derden op het net aanwezig (zullen) zijn. Dit volgt in ieder geval uit de aansluiting van het metrobedrijf. Dit komt omdat het metrobedrijf ingevolge artikel 1 (2) E-Wet kan worden aangemerkt als afnemer die is aangesloten op het netwerk van RET. Het metro vervoersbedrijf van RET is in een andere onderneming georganiseerd dan het infrastructuurbedrijf, waardoor zij ingevolge de rechtspraak van het CBb als een aparte afnemer ten opzichte van de RET infrastructuur BV moet worden beschouwd. Dit laatste geldt ook voor RET Bus BV: deze wordt ook gezien als een aparte onderneming in de RET groep, en (indien zij een aansluiting hebben op het net) een aparte afnemer.

Het is daarbij belangrijk dat met de invoering van de E-OV-Hub het aantal derde afnemers zal toenemen waarbij moet worden vastgesteld of zij a) een afzonderlijk WOZ-object vormen en b) een aansluiting hebben op het stelsel van aansluitingen van de metro. Het is dus duidelijk dat de E-OV-Hub nu al en ook in de toekomst als een net moet worden beschouwd, omdat derden een aansluiting (zullen) hebben op E-OV-Hub.

2.1.3. Gesloten Distributie Systeem (GDS)

Uit de bovenstaande analyse volgt dat er goede argumenten zijn om aan te nemen dat het elektriciteitsnet van de E-OV-Hub als een net kan worden beschouwd. Binnen deze categorie kan verder een onderscheid worden gemaakt tussen openbare gereguleerde systeembeheerders en particuliere netten, waaronder de gesloten distributiesystemen.[35] Een Gesloten Distributie Systeem (GDS) is een net waarvoor een ontheffing werd gevraagd aan de ACM. Dit kan om een aantal redenen voordelig zijn. De beheerder van een GDS wordt namelijk vaak gezien als een systeembeheerder-'light'. Uit de vaste besluitvormingspraktijk van de ACM en Europese rechtspraak van het Hof van Justitie volgt namelijk dat de beheerder van het particuliere net

[35] Art. 1(1)(aq) E-Wet 1998.

dezelfde rechten en plichten heeft als een systeembeheerder van een openbaar net, tenzij de wetgeving hem daarvan uitzondert.[36]

Hieronder zal de analyse van voorwaarden voor de ontheffing voor een GDS worden geschetst. Hierbij zal de driedelige analyse van de ACM worden gevolgd. Deze analyse zal worden gevolgd door een overzicht van de taken en verplichtingen die voor de beheerder van het gesloten systeem van belang zijn.

Alvorens verder te gaan, dient te worden opgemerkt dat ten tijde van de privatisering van de gemeentelijke energie- en vervoersbedrijven er niet voor is gekozen om de stedelijke railbedrijven een GDS-status te geven. Bij de bespreking van de uit de kwalificatie als net voortvloeiende verplichtingen zal evenwel blijken dat de kwalificatie als GDS en de daaropvolgende ontheffingsaanvraag momenteel de meest voordelige gevolgen biedt voor de E-OV-Hub.

2.1.3.1. De ontheffing voor de beheerder van een GDS

Zoals hierboven aangegeven, heeft de wetgever in artikel 15 van de E-wet de mogelijkheid opgenomen om eigenaren van een GDS vrij te stellen van de verplichting om een systeembeheerder aan te wijzen. Bij een ontheffing voor een GDS wordt het monopolie van de systeembeheerder voor het betreffende distributiesysteem in feite vervangen door een monopolie van een private partij. Deze beheerder is ook vrijgesteld van diverse regels voor distributiesysteem netbeheer.[37]

Bij de beoordeling van het ontheffingsverzoek past de ACM gewoonlijk een drieledige analyse toe.[38] Allereerst moet aan de hand van een aantal criteria worden beoordeeld of sprake is van een GDS in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel aq, van de E-wet (i.e. de kwalificatie van een GDS). Is het antwoord op de eerste vraag inderdaad positief is, dan zal de ACM beoordelen of de aanvrager voldoet aan de in artikel 15, eerste lid, van de E-wet gestelde eisen (i.e. eisen aan de aanvrager). Tenslotte moet worden beoordeeld op welke gronden een ontheffing kan worden verleend (i.e. ontheffingsgronden).

[36] Besluit van ACM inzake ECL Netwerk BV, 27 februari 2018, ACM/16/023354, randnummer 5 van bijlage 2.
[37] Simone Pront-van Bommel, “Onderzoeksnotitie distributiesystemen op maat”, (2014), *Centrum voor Energievraagstukken Universiteit van Amsterdam*, 24.
[38] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 30, randnummer 27.

2.1.3.1.1. De kwalificatie als GDS

De beoordeling over de kwalificatie van de E-OV-Hub als GDS dient te gebeuren op basis van de toepassing van een aantal beoordelingscriteria inzake GDS in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel aq, van de E-wet (i.e. definitie van een GDS).[39]

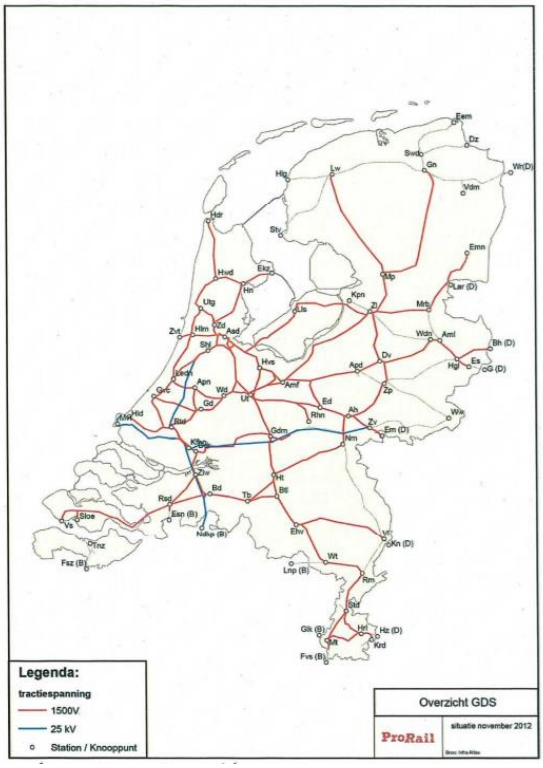
In de **eerste** instantie dient sprake te zijn van een net.[40] Uit de bovenstaande analyse blijkt dat de E-OV Hub als een netwerk kan worden beschouwd. Het idee achter de hub is om een aansluiting te bieden voor de gemeente, maar mogelijk ook voor andere derden.

Ten **tweede** moet er sprake zijn van een net dat geen onderdeel is van het landelijk hoogspanningsnet. Dit lijkt hier niet het geval te zijn, hetgeen is bevestigd in gesprekken met vertegenwoordigers van de RET.

Ten **derde** moet het net liggen in een geografisch afgebakende industriële locatie, commerciële locatie of een locatie met gedeelde diensten te liggen. Dit vereiste houdt in dat het netwerk gelegen moet zijn op een locatie die als een ruimtelijke en functionele eenheid kan worden beschouwd, zoals een bedrijventerrein.[41] In het ontheffingsbesluit van ProRail is de landelijke geëlektrificeerde hoofdspoorweginfrastructuur in Nederland aangemerkt als een geografische locatie.[42] Voortbouwend op deze uitspraak kan worden gesteld dat indien het gebied waarop het metronet ligt bestaat uit aaneengesloten percelen, die alle eigendom lijken te zijn van de aanvrager, en het net kan worden aangemerkt als één onroerende zaak in de zin van artikel 16, onderdelen a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken, het aannemelijk is dat er sprake is van een net die op een geografisch afgebakende locatie ligt. Het gaat hierbij immers om een locatie die kan worden beschouwd als een ruimtelijke en functionele eenheid waarin alle afnemers zich bevinden.[43] Dit is temeer het geval wanneer het een locatie betreft die fysiek herkenbaar is. Ter ondersteuning hiervan is het aan te bevelen dat de aanvrager een beschrijving van het elektriciteitsnet, een éénlijnsdiagram (zie hieronder de bijgevoegde kaart uit het

[39] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 27 en 28 - 39.
[40] Art. 15(1) E-Wet 1998; Art. 1(1)(i) E-Wet 1998.
[41] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 34 – 37; Julia Eijkens, Peter van Asperen en Vincent Lindijer, “Net Anders: Een overzicht van de ontwikkeling van de regulering van private netten”, (2018), *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, nr. 4, 113.
[42] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 34.
[43] Ibid, randnummer 36.

ontheffingsbesluit van ProRail) en een kadastrale kaart bij de ontheffingsaanvraag voegt. Zo wordt duidelijk welke delen van de infrastructuur onderdeel uitmaken van de aanvraag. Het is niet meteen duidelijk of hieronder ook de oplaadpunten van het metrobedrijf vallen.



Ten **vierde** moet het om een net gaan waarop minder dan 500 afnemers zijn aangesloten[44] en het net geen huishoudelijke eindafnemers van elektriciteit voorziet, tenzij incidenteel[45]. De aanvrager dient er dus wel op te letten dat het aantal niet-huishoudelijke afnemers beperkt blijft tot een maximum van 500.

Deze vereisten worden overigens overgenomen in de concept Energiewet (artikel 3.2.6 concept Energiewet).

[44] Art. 15(1)(d) E-Wet 1998; Besluit van ACM inzake Koninklijke Ten Cate B.V., ACM/18/033530 en ACM/18/033527, 1 oktober 2018, randnummer 22.
[45] Art. 38 van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europese Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (‘Richtlijn 2019/944’).

2.1.3.1.2. De eisen aan de aanvrager

Om een vrijstelling te verkrijgen, moet de aanvrager (a) aantonen eigenaar te zijn van het elektriciteitsnet, (b) geen systeembeheerder te zijn en (c) niet in een groepsvennootschap verbonden te zijn met een systeembeheerder.[46]

Ten aanzien van het **eerste vereiste**, de beschikking over de eigendom van het spoorwegnet, moet de ACM dus nagaan wie over de eigendom van het net beschikt.[47] In het ontheffingsbesluit van ProRail werd dit door de aanvrager onderbouwd met een beroep op artikel 5:20 lid 2 BW juncto artikel 155a ONBW en zijn ter illustratie diverse notariële akten overlegd.[48] Overigens is de verwijzing naar 'eigendom' in artikel 15, lid 5, van de E-wet zeer algemeen. Zo stelt deze bepaling de *"eigenaar van een gesloten distributiesysteem"* die het gesloten distributiesysteem beheert. Het gaat daarbij om het eigendom van de aansluitingen en leidingen, en dus niet om de percelen waarop het net is gelegen. De ACM lijkt hier in de eerste plaats uit te gaan van de juridische eigenaar, en dus niet van de economische. In het aanvraagformulier voor ontheffing van de ACM worden drie manieren genoemd om aan te tonen dat de aanvrager eigenaar is. Dit kan via het aanleveren van een uittreksel van het Kadaster.[49] Indien de aanvrager echter niet de (juridische) eigenaar is van het net, kan men ook motiveren dat men de 'bevoegde aanlegger' is. Dit kan worden aangetoond door het voorleggen van facturen inzake de aanleg of uitbreiding van de verbindingen of leidingen. Daarbij dient ook een beschrijving van de historische ontwikkeling te worden voorgelegd. Dit is mogelijk wanneer de aanvrager eigenaar is van de kadastrale percelen en of er beperkte rechten op deze percelen zijn gevestigd. De aanvrager dient dit aantonen door notariële akten en de kadastrale inschrijving van de percelen voor te leggen.[50] Indien dit ook niet mogelijk is, kan de aanvrager argumenteren de exploitant of beheerder te zijn van het net door accountantsrapporten, jaarrekeningen, facturen of contracten met afnemers voor te leggen.[51] Het gaat dus in de eerste plaats om de juridische eigenaar, maar het is mogelijk dat de RET kan aantonen dat zij als economisch eigenaar geschikt is om de aanvraag in te dienen. Het is immers de ontheffingshouder die verantwoordelijk zal zijn voor het beheer en de aansprakelijkheid met

[46] Art. 15(1) E-Wet 1998; Art. 15(1)(c) E-Wet 1998; Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 40.
[47] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 41.
[48] Ibid.
[49] ACM, formulier aanvraag ontheffing aanwijzing netbeheerder, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/aanvraagformulier-ontheffingen.pdf.
[50] Ibid.
[51] Ibid.

betrekking tot de veiligheid en betrouwbaarheid van het net. Aangezien niet de gemeente maar de RET kennis heeft met betrekking tot net, kunnen zij aanvoeren dat zij als economisch eigenaar geschikter zijn om de beheerder van het netwerk te zijn en dus de aanvraag in te dienen.

Het **tweede en derde vereiste** waaraan de aanvrager moet voldoen, kan worden aangetoond via het voorleggen van de statuten van de aanvrager en een uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.[52]

2.1.3.1.3. De ontheffingsgronden

Nadat is vastgesteld of sprake is van een net en of de aanvrager voldoet aan de wettelijke eisen, kan de ACM overgaan tot het beoordelen van de ontheffingsgronden. De Elektriciteitswet 1998 geeft twee mogelijke ontheffingsgronden die hieronder worden uiteengezet.[53] Voor een succesvolle vrijstellingsaanvraag hoeft slechts één ontheffingsgrond van toepassing zijn. Voor de volledigheid worden beide gronden hieronder besproken.

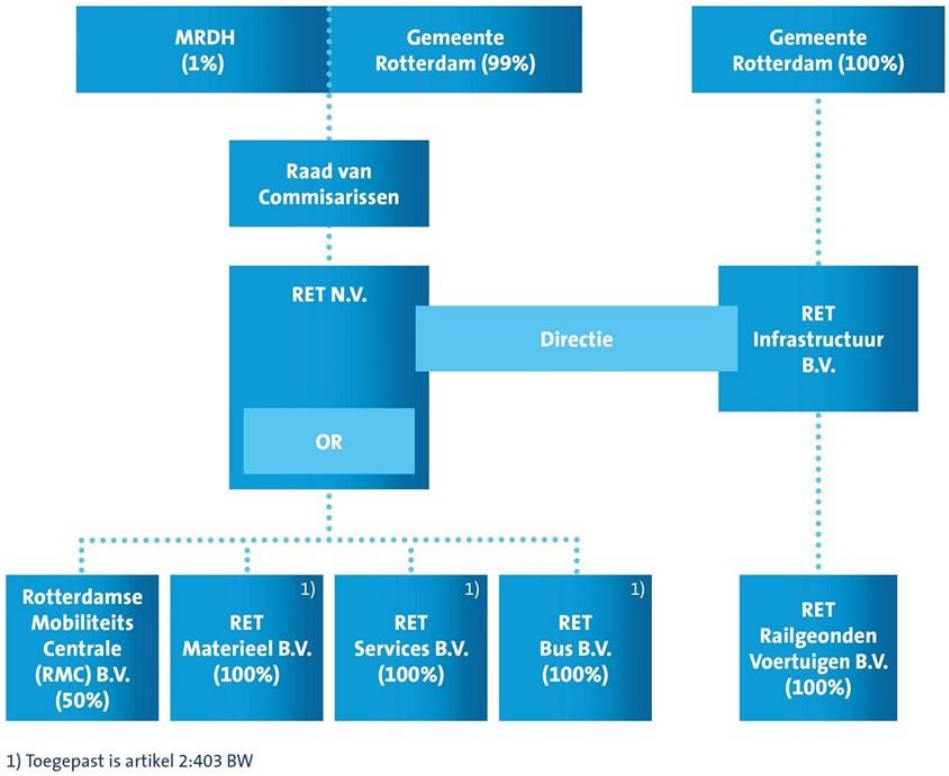
De ontheffing voor de E-OV hub kan in principe berusten op de aanwezigheid van specifieke technische en veiligheidsredenen (**a-grond**).[54] Verwezen kan worden naar het ontheffingsbesluit van ProRail op deze basis. Dit kan verschillende oorzaken hebben en moet door de aanvrager worden aangetoond. Zo werd in het ontheffingsbesluit van ProRail aangevoerd dat het vervoer van goederen en/of personen door de gebruikers niet los kon worden gezien van het landelijke spoorwegnet en dat de bedrijfsprocessen van de afnemers nauw verweven waren met het GDS. De specifieke technische vereisten in dit geval leidde tot een unieke manier om energie te distribueren, was te onderscheiden van het openbare elektriciteitsnetwerk, en rechtvaardigde de aanvraag van een ontheffing. Het ProRail-besluit betrof dus een net met afnemers die een nauw verweven bedrijfsproces hebben dat om specifieke technische redenen een geïntegreerd systeem vereist.[55] Concreet kunnen de specifieke technische redenen onder de a-grond dus voortvloeien uit, onder andere, het type en niveau van de spanning, de wijze van aansluiten van afnemers, de fysieke gesteldheid, de betrouwbaarheid, de bedrijfsvoering en het afnamepatroon.[56] Hoe dit zich zal vertalen met betrekking tot de ontheffingsaanvraag voor de E-

[52] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 42 - 43.
[53] Art. 38(1) Richtlijn 2019/944; Art. 15(1)(a) E-wet 1998.
[54] Art. 15(1)(a) E-Wet 1998.
[55] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 45.
[56] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 23.

OV-Hub dient in nader detail te worden bekeken. Ten aanzien van het metronetwerk kan worden beargumenteerd dat sprake is van gebruikersprocessen die om specifieke veiligheidseisen en technische redenen met elkaar zijn geïntegreerd. Ook het concept van de E-0V-Hub, zou hieronder kunnen worden gebracht. Door het doorleveren van overtollige capaciteit aan de laadpalen kan het beheer van het elektriciteitsnetwerk van de metro worden geoptimaliseerd en kan ook het publieke netwerk worden ontlast door publieke busbedrijven op deze laadpalen te laten laden.

Naast de voormelde grond voor vrijstelling is het ook mogelijk om de tweede grond in te roepen. Hier gaat het om een ontheffing voor een systeem dat primair elektriciteit distribueert aan de eigenaar of beheerder van het systeem of daarmee aanverwante bedrijven (**b-grond**).[57] Uit de Elektriciteitswet volgt dat sprake is van een verwant bedrijf wanneer het gaat om (a) een verbonden onderneming, (b) een geassocieerde onderneming of (c) een onderneming die tot dezelfde aandeelhouders behoort.[58] Het CBb heeft nader toegelicht dat, in navolging van de Europese richtlijnen waarnaar de definitie in de Elektriciteitswet verwijst, de twee eerste begrippen als volgt moeten worden uitgelegd. Wanneer het gaat om twee of meer vennootschappen binnen een groep, kan worden gesproken van een **verbonden vennootschap**. Een groep moet daarbij worden geïnterpreteerd als een moedermaatschappij en al haar dochterondernemingen. Een **geassocieerde onderneming** kan op haar beurt uitgelegd worden als een onderneming waarin een andere onderneming een deelneming heeft en op het beheer en het financieel beleid waarvan die andere onderneming een invloed van betekenis uitoefent.[59] Het zou dus moeten gaan om een verwante onderneming (a) die deel uitmaakt van een groep van moeder- en dochterondernemingen, (b) die deelnemingen heeft in de ondernemingen van de afnemers of (c) om een onderneming waarvan de afnemers aan dezelfde aandeelhouders toebehoren.[60]

[57] Art. 15(1)(a) E-Wet 1998.
[58] Artikel 1(1)(r) E-Wet 1998.
[59] CBb, Bedrijvenpark Oostflakkee Beheer B.V. t. ACM, 29 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:444, randnummer 5.3.1.
[60] Zie ook: CBb, Bedrijvenpark Oostflakkee Beheer B.V. t. ACM, 29 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:444, randnummer 5.3.2.



In het geval van de invoering van de E-OV-Hub in Rotterdam, waarbij RET Infrastructuur BV (als mogelijke beheerder van de E-OV-Hub) met een aansluiting is verbonden met het metrobedrijf, maar ook een aansluiting realiseert op de laadpalen om de restcapaciteit door te leveren aan RET Bus BV en de gemeente Rotterdam, zou het gaan over (a) een verbonden bedrijf en (b) een onderneming die energie levert aan de afnemers, waarbij beide bedrijven tot dezelfde aandeelhouders behoren.

Met betrekking tot de levering van elektriciteit aan de gemeente Rotterdam, zal het gaan om een net dat elektriciteit distribueert aan een verbonden onderneming. Het gaat hier namelijk over een dochterbedrijf (i.e. RET Infrastructuur BV) en een moederbedrijf (i.e. gemeente Rotterdam).

Met betrekking tot de aansluiting van RET Bus BV en het metrobedrijf gaat dit in ieder geval ook om een onderneming binnen dezelfde groep, en dus een verbonden onderneming. Op zich is dit reeds voldoende. Toch kan het volgende ter illustratie worden meegegeven: het kan ook gaan om de distributie van elektriciteit aan een onderneming die tot dezelfde aandeelhouders behoort. We nemen hier het voorbeeld van RET Bus BV. De bovenstaande illustratie met de juridische hiërarchie van de RET kan hiervoor worden gebruikt. Hieruit blijkt dat de gemeente Rotterdam

(100%) aandeelhouder is van RET Infrastructuur BV.[61] Verder is de gemeente Rotterdam (99%), samen met de MRDH (1%), de aandeelhouder van RET N.V. die op haar beurt aandeelhouder (100%) is van haar dochter RET Bus BV. Hierbij behoren de onderneming die capaciteit/energie levert (i.e. RET infrastructuur BV) en de onderneming die een aansluiting heeft (i.e. RET Bus BV) tot dezelfde aandeelhouders.

Voorts moet worden aangetoond dat het gesloten distributiesysteem primair elektriciteit transporteert naar de eigenaar van het systeem of naar met hem verbonden ondernemingen. Dit kan bijvoorbeeld via het voorleggen van de gebruiksgegevens van het voorgaande jaar. Daartoe moet worden aangetoond hoeveel elektriciteit wordt getransporteerd ten behoeve van de eigenaar, de daarmee verwante bedrijven en derden. Uit het ontheffingsbesluit van ProRail blijkt dat de ACM het voldoende acht, dat ongeveer 60% van de getransporteerde elektriciteit werd gebruikt door de aanvrager en de met hem verwante bedrijven.[62] Uit de gesprekken met de ACM blijkt verder dat het moet gaan om een levering van elektriciteit van meer dan de helft aan de eigenaar en aanverwante bedrijven (dus vanaf 51%)..

Deze ontheffingsgronden worden overigens overgenomen in de concept Energiewet (artikel 3.2.6, lid 1, onderdeel c concept Energiewet).

2.1.3.1.4. Tussenconclusie

Uit de bovenstaande analyse blijkt duidelijk dat de ontheffingsaanvraag voor het net van de E-OV-Hub mogelijk is. Het net lijkt namelijk te voldoen aan de criteria om als een GDS te worden aangemerkt. Daarbij blijkt uit de voorgaande analyse ook dat kan worden betoogd dat het RET in aanmerking kan komen voor een GDS-ontheffing op basis van zowel de (a) als de (b) grond.

2.1.3.2. EU Richtlijn: regels waarvan mag worden afgeweken voor een GDS

Zoals hierboven uitgelegd, zal de beheerder van het particuliere net dezelfde rechten en plichten hebben als een systeembeheerder van een openbaar net, tenzij de wetgeving hem daarvan uitzondert.[63] In de Europese Elektriciteitsrichtlijn (2019/944) is hieromtrent expliciet een bepaling voorzien. Op grond van artikel 38, lid 2 van de Europese Elektriciteitsrichtlijn (2019/944) kunnen de lidstaten voorzien dat van de volgende verplichtingen kan worden afgeweken:

[61] Ret Jaarverslag 2020, p. 28, https://corporate.ret.nl/media/3204/ret-jaarverslag-2020.pdf.
[62] Besluit van ACM inzake ECL Netwerk BV, 27 februari 2018, ACM/16/023354, randnummer 18.
[63] Ibid, randnummer 5.

- Verplichtingen inzake de non – discriminatoire inkoop van netverliezen via een aanbestedingsprocedure (artikel 31(5) en (7) van de richtlijn);

- Verplichtingen inzake ex ante goedkeuren van tarieven of methodes voor de berekening ervan (artikel 6(1) van de richtlijn);

- Verplichtingen inzake het inkopen van flexibiliteitsdiensten en het systeem van de exploitant te ontwikkelen op basis van netwerk ontwikkelingsplannen (artikel 32 (2) en (3) van de richtlijn);

- Verplichtingen inzake het niet bezitten, beheren of exploiteren van oplaadpunten voor elektrische voertuigen (artikel 33(2) van de richtlijn)

- Verplichtingen inzake het niet bezitten, beheren of exploiteren van energie opslagfaciliteiten (artikel 36(1) van de richtlijn)

Uit bovenstaande lijst komen onmiddellijk enkele belangrijke kwesties naar voren, die hieronder nader worden toegelicht, waaronder flexibiliteitsdiensten en het eigendom, beheer of de exploitatie van oplaadpunten voor elektrische voertuigen. Ook de verplichting inzake de goedkeuring van de tarieven wordt hieronder besproken.

2.2. Gevolgen kwalificatie GDS

2.2.1. Ontheffing van de verplichting tot het aanstellen van een systeembeheerder

2.2.1.1. Het aanwijzen van een systeembeheerder: achtergrond

Wanneer een verbinding als net in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel i E-Wet wordt gekwalificeerd, heeft dat belangrijke gevolgen. In beginsel moet degene aan wie een net toebehoort een systeembeheerder aanwijzen. Deze aanwijsplicht volgt uit artikel 10, negende lid, van de E-wet. Gebeurt dit niet, dan is er sprake van een illegaal net. Systeembeheerders worden door de Minister van Economische Zaken aangewezen om zorg te dragen voor het transport van energie en om de leveringszekerheid te waarborgen, en zijn in handen van landelijke (TenneT) of regionale en lokale publieke aandeelhouders (regionale distributiesysteembeheerders). De systeembeheerder, met uitzondering van de systeembeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, beschikt over de economische eigendom van het door hem beheerde net.[64]

[64] Artikel 10(a) E-Wet 1998.

Daarnaast gelden voor de distributiesysteembeheerders ontvlechtingeisen. De ontvlechtingseisen van de Elektriciteitswet 1998 gaan verder dan de eisen van Richtlijn 2019/944, die enkel vereisen dat de distributiesysteembeheerders juridisch en administratief zijn gescheiden van bedrijven die elektriciteit produceren, verhandelen en leveren.[65] In Nederland moeten de systeembeheerders juridisch, administratief en economisch zijn gescheiden van partijen die elektriciteit produceren, handelen en leveren. De systeembeheerder mag ook niet in dezelfde groep zitten als een energieproducent, energiehandelaar of leverancier (i.e. het groepsverbod). In artikel 16(3) Elektriciteitswet 1998 staat dat producenten, leveranciers en handelaren zich onthouden van iedere bemoeienis met de uitvoering van de taken die op grond van het eerste of tweede lid aan een systeembeheerder zijn opgedragen. Een GDS hoeft niet aan de verplichtingen inzake de aanwijzing van een systeembeheerder en de ontvlechtingseisen te voldoen.

2.2.1.2. Het monopolie van de systeembeheerder

De systeembeheerders hebben een wettelijke monopolie positie, waarbij een systeembeheerder (met uitsluiting van anderen) wordt aangewezen voor een bepaald gebied.[66] Producenten, leveranciers en handelaren dienen zich bijgevolg te onthouden van inmenging in de uitvoering van de taken die op grond van de Elektriciteitswet aan een systeembeheerder zijn opgedragen.[67] Deze taken omvatten onder andere de verantwoordelijkheid tot het aanleggen en beheren van aansluitingen op het systeem.[68] Het netbeheer wordt zo gereguleerd en afgeschermd van risicovolle commerciële activiteiten rond productie, handel en levering om zo de leveringszekerheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de energievoorziening voor burgers en bedrijven te verzekeren.[69]

2.2.1.3. De ontheffing van de aanwijsplicht

Één van de belangrijkste verplichtingen waarbij wordt afgeweken, is de aanwijzing van een systeembeheerder voor het net.[70] In sommige situaties kan het aanwijzen van een

[65] Artikel 10(a) en 10(b) E-Wet 1998; Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU), Staat der Nederlanden t. Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) en Delta NV (C-107/12), 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677.
[66] Art. 16(1) E-Wet 1998.
[67] Art. 16(3) E-Wet 1998.
[68] Art. 16(1)(a) E-Wet 1998.
[69] Kamerstuk (2017), 34 627, nr. 12, p. 2; Sanne Akerboom, Gerrit Buist, Annelies Huygen, Annetje Ottow and Simone Pront-van Bommel, “Smart grid pilots: handvatten voor toepassing van wet- en regelgeving. - Deel 2: Naslag: achtergrond en verdieping”, (2011), *Agentschap NL publicaties*, 22 - 23.
[70] Art. 10(9) E-Wet 1998; Art. 3.2.2 Concept Energiewet.

systeembeheerder echter als onredelijk bezwarend worden beschouwd. Een GDS kan daarom voor deze verplichting een ontheffing krijgen, wat toelaat dat de eigenaar van het systeem het net zelf gaat beheren in plaats van een systeembeheerder aan te stellen.[71] Als de aanvrager (vermoedelijk RET infrastructuur BV) van het ontheffingsverzoek voor het net van de E-OV-Hub dit succesvol kan aanvragen bij de ACM, zal deze dus zelf het net kunnen beheren. Dit zal het concept van de E-OV-Hub ten goede komen.

2.2.2. Verplichtingen

Uit de kwalificatie van de E-OV-Hub als een net vloeit een reeks verplichtingen voort waaraan de beheerder van een net moet voldoen. Echter, en zoals hierboven is aangegeven, zijn er naast de netten die door openbare en gereguleerde systeembeheerders worden geëxploiteerd, ook particuliere netten waarvoor een ontheffing kan worden aangevraagd, namelijk de gesloten distributiesystemen.[72] In de concept Energiewet wordt een onderscheid gemaakt tussen de beheerder van het distributiesysteem (artikel 3.2.2, lid 1, onderdeel e concept Energiewet) en de beheerder van de gesloten systemen (artikel 3.2.2, lid 2, onderdeel a concept Energiewet). De verplichtingen en het takenpakket van de systeembeheerder van het distributiesysteem worden opgesomd onder Titel 3.5, terwijl het 'light'-regime van de beheerder van het gesloten systeem in afdeling 3.6.22 wordt uiteengezet. Voor de toepassing van de nieuwe concept Energiewet, en de precieze verplichtingen waarmee de E-OV-Hub rekening zal moeten houden, dient dus te worden nagegaan of er sprake is van een openbaar net of eerder een particulier net, en meer specifiek een gesloten distributiesysteem.

Naast deze bepalingen zijn er echter ook nog enkele algemene bepalingen die van toepassing zijn op het GDS, waaronder de leveranciersvrijheid van de afnemer. Deze bepalingen zullen hieronder in meer detail worden behandeld.

2.2.2.1. Takenpakket en verplichtingen GDS

De op grond van artikel 3.6.5 van het concept Energiewet voor de beheerder van een gesloten distributiesysteem op te nemen taken en verplichtingen omvatten de bepalingen met betrekking tot[73]:

[71] Art. 15 E-Wet 1998.
[72] Zie Art. 1(1)(aq) E-Wet 1998.
[73] Art. 3.6.22 Concept Energiewet.

- De *beheerstaak* zoals omschreven in artikel 3.4.2, eerste lid van het concept Energiewet;
- Het *permanent buiten gebruik stellen van leidingen en systemen* zoals omschreven in artikel artikel 3.4.2, derde lid, onderdeel a van het concept Energiewet;
- De *bescherming tegen cyberaanvallen* zoals omschreven in artikel 3.4.2, vierde lid van het concept Energiewet;
- Het *redelijke, transparant en niet-discriminerend handelen* zoals omschreven in artikel 3.5.1 van de concept Energiewet;
- De *informatieverstrekking* door systeembeheerder zoals omschreven in artikel 3.5.6, eerste lid, onderdeel a en b van de concept Energiewet;
- De *storingsmeldingen* zoals omschreven in artikel 3.5.13, eerste en tweede lid van de concept Energiewet;
- Het *accommoderen van een overstap* zoals omschreven in artikel 3.5.15 van de concept Energiewet;
- Het opzetten van een *klachtbehandeling ofwel interne geschilprocedure* zoals omschreven in artikel 3.5.18 van de concept Energiewet;
- De *geschilprocedure bij het ACM* zoals omschreven in artikel 5.1.4 van de concept Energiewet;
- Het *ter beschikking stellen van meetinrichting* (slimme meter) zoals omschreven in artikel 3.4.20, eerste lid van de concept Energiewet;
- Het *collecteren van meetgegevens* zoals omschreven in artikel 3.4.30 van de concept Energiewet;
- De *tarieven voor de installatie en onderhoud van de meetinrichting* overeenkomstig artikel 3.8.9 van de concept Energiewet;
- De *samenwerkingstaak met systeembeheerders* zoals omschreven in artikel 3.5.2 van de concept Energiewet.

In de Concept Energiewet is het takenpakket van beheerders van gesloten distributiesystemen overigens op enkele punten verhelderd en aangepast ten opzichte van de Elektriciteitswet 1998. Ten eerste is op grond van de nieuwe Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 een beheerder van een gesloten systeem verplicht om onder bepaalde voorwaarden samen te werken met de transmissiesysteembeheerder (TSB) (artikel 3.6.22, lid 3 concept Energiewet), ten tweede is zijn taak voor incidentele installatie en onderhoud van meetinrichtingen bij kleinverbruikers verhelderd (artikel 3.6.22, lid 2 concept Energiewet) en ten derde is de aansluittaak meer in lijn gebracht met de tekst van de EU Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 (artikel 3.6.23 concept Energiewet). Dit betekent dat beheerders van gesloten systemen een duidelijke grondslag hebben om aansluitverzoeken van derden te weigeren.

Overigens is de beheerder van een GDS ook verantwoordelijk om de veiligheid van het systeem te waarborgen.[74]

De memorie van toelichting verklaart daarnaast ook dat voor beheerders van gesloten systemen een licht tariefregulering regime geldt en is uitgewerkt in artikel 3.8.9, in lijn met de voorschriften uit de Europese richtlijnen. De berekeningsmethoden moeten vooraf worden opgesteld en bekendgemaakt en zij moeten leiden tot tarieven die de kosten van de beheerder van het GDS in verband met de uitvoering van zijn taken reflecteren en die transparant en niet-discriminerend zijn. Beheerders van gesloten systemen stellen zelf berekeningsmethoden en tarieven vast die aangeslotenen in voorkomende gevallen kunnen laten toetsen door de ACM.[75]

Als laatste kan worden opgemerkt dat het GDS voor levering van elektriciteit aan huishoudens geen leveringsvergunning nodig heeft. Normaal moet een leverancier dat wel hebben voor levering aan huishoudens en micro ondernemingen.[76] Waar dit bij de GDS slechts incidenteel zal voorvallen, dient er dus geen vergunning aangevraagd te worden.

[74] Artikel 15(1)(f) E-Wet 1998; Art. 3.2.6, lid 1, onderdeel g concept Energiewet.
[75] Memorie van toelichting (MvT) wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 104.
[76] Ibid, 69 - 70.

2.2.2.2. Verplichtingen inzake toegang en aansluiting

2.2.2.2.1. Europese Elektriciteitsrichtlijn

(a) Derdentoegang en leveranciersvrijheid

Een van de belangrijkste verplichtingen die voortvloeien uit de kwalificatie van het elektriciteitsnet van de E-OV-Hub als net in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel i E-Wet is de derdentoegang die de beheerder van het distributienet moet verlenen. De Europese richtlijn 2019/944 stelt dat de lidstaten een systeem moeten invoeren voor toegang van derden tot het distributiesysteem, gebaseerd op gepubliceerde tarieven die voor alle in aanmerking komende afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen gebruikers van het systeem.[77] De bepaling inzake de vrije toegang voor derden is dan ook een van de meest essentiële maatregelen om te waarborgen dat de interne energiemarkt volledig wordt opengesteld.[78]

Het belang van dit beginsel werd bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) in het arrest Citiworks. Het Hof onderlijnt dat het beginsel van toegang van derden van toepassing is op elk transmissie- en distributiesysteem voor elektriciteit. Distributie is hier "*het transport van elektriciteit langs hoog-, midden- en laagspanningsdistributiesystemen met het oog op de belevering van afnemers*". Er wordt hierbij overigens geen onderscheid gemaakt op basis van de omvang van het net, de bedrijfsdoelstellingen van de exploitant of de vraag of het net in eigendom is van een particulier, een overheidsinstantie of een rechtspersoon die eigendom is van de overheidsinstantie. Het was dus niet de bedoeling om bepaalde distributiesystemen uit te sluiten.[79] De toegang van derden, die van toepassing is op alle distributiesystemen, moet derhalve zo worden geïnterpreteerd dat zij ook van toepassing is op private netwerken, met inbegrip van gesloten distributiesystemen.[80] Dit is ook reeds benadrukt door de ACM.[81]

Het beginsel van derdentoegang vloeit voort uit de liberalisering van de energiemarkten, waarbij wordt gewaarborgd dat afnemers van elektriciteit hun leveranciers vrij kunnen kiezen en dat alle leveranciers vrij zijn om aan hun afnemers te leveren. Hieruit vloeit voor dat het recht van de

[77] Art. 20(1) Richtlijn 2019/944.
[78] HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 44; Julia Eijkens, Peter van Asperen en Vincent Lindijer, "Net Anders: Een overzicht van de ontwikkeling van de regulering van private netten", (2018), *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, nr. 4, 115.
[79] HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 49 - 53.
[80] Ibid, randnummer 65.
[81] Brief van ACM, Derdentoegang op een GDS, 27 maart 2019, ACM/17/022722, p. 1.

elektriciteitsleveranciers om toegang te krijgen tot het GDS ten einde aan hun afnemers te kunnen leveren gekoppeld is aan het recht van de afnemers om hun leveranciers vrij te kiezen.[82] De vrijheid van de leverancierskeuze opgenomen in artikel 4 is dan ook de tegenhanger van derdentoegang in artikel 6 van de Richtlijn 2019/944. De afnemer heeft hierdoor de keuze om, via het net waarop hij is aangesloten, een leverancier te kiezen die elektriciteit zal leveren. In dit rapport worden ook enkele uitzonderingen uiteengezet die betrekking hebben op derdentoegang, waaronder het tekort aan capaciteit. Het moet echter worden opgemerkt dat dit uitzonderingen zijn op het beginsel van de derdentoegang, en niet direct op de leveranciersvrijheid. Deze lijkt vrijwel onbeperkt te zijn. Men zou echter kunnen aanvoeren dat het beperken van de toegang van derden (bv. het beperken van de toegang voor een bepaalde leverancier) in de praktijk ook de vrije keuze van een leverancier beperkt. Hier is echter weinig duidelijkheid over.

Hier moet ook onmiddellijk worden gewezen op een belangrijk verschil tussen ‘toegang’ en ‘aansluiting’, zoals het Europees Hof in Sabatauskas heeft toegelicht. Het Hof verduidelijkte dat toegang verband houdt met de elektriciteitsvoorziening, met inbegrip van onder meer de kwaliteit, de regelmaat en de kosten van de dienst. Een specifiek voorbeeld inzake toegang tot het net waarnaar wordt verwezen heeft betrekking op de bepalingen inzake het waarborgen van niet-discriminerende tarieven.[83] De toegang tot het net moet dus begrepen worden als het recht een net te gebruiken voor het transport van elektriciteit of voor het afnemen ervan tegen een vergoeding.[84] De aansluiting op het net daarentegen dient te worden begrepen als de fysieke verbinding met het net.[85] De verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van derdentoegang hebben uitsluitend betrekking op het verschaffen van vrije toegang van derden tot de elektriciteitstransmissie- en distributienetten, en regelen niet de aansluiting.[86]

Met betrekking tot de notie van ‘derden’ is er echter ook lang onduidelijkheid geweest. In de zaak Sabatauskas gaat het Europese Hof ervan uit dat dit niet alleen de leveranciers maar ook de

[82] Art. 4 Richtlijn 2019/944; Recital 11 Richtlijn 2019/944; HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 43; Julia Eijkens, Peter van Asperen en Vincent Lindijer, “Net Anders: Een overzicht van de ontwikkeling van de regulering van private netten”, (2018), *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, nr. 4, 115.
[83] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 40.
[84] Conclusie AG, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:344, randnummer 35; HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 42.
[85] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 24.
[86] Ibid, randnummer 42.

afnemers behelst.[87] Wat het begrip ‘derden’ betreft, verwijst het Hof naar de bewoordingen van de bepaling waarbij het begrip ‘systeemgebruikers’ wordt genoemd. De richtlijn 2019/944 definieert op zijn beurt ‘systeemgebruikers’ als “*een natuurlijke persoon of rechtspersoon die levert aan of afneemt van een transmissie- of distributiesysteem*”.[88] Met andere woorden, afnemers vallen ook onder de term ‘derden’. Hierbij besluit het Hof het volgende: “*[d]oordat systeemgebruikers onder de werkingssfeer van artikel 20, lid 1, van de richtlijn zijn opgenomen, verleent dit artikel ook aan in aanmerking komende afnemers het recht op niet-discriminerende toegang tot de netwerken.*”[89] Het beginsel van derdentoegang omvat derhalve toegang tot de netwerken voor leveranciers én afnemers: deze vallen beiden onder de notie van ‘systeemgebruiker’. Dit laatste mag echter niet worden opgevat als een recht op aansluiting voor de afnemer. Derdentoegang omvat enkel een recht tot toegang en niet een recht tot aansluiting. Dit wil niet zeggen dat zij volledig los van elkaar staan. Dit zal later verder besproken worden.

De bepaling inzake de vrije leverancierskeuze uit de EU Elektriciteitsrichtlijn zijn overigens expliciet gekoppeld aan de kwalificatie van een afnemer. Met andere woorden vormt dit een recht voor eenieder die beschikt over een aansluiting op een net.[90] Het geldt dus voor de afnemers van het net van de E-OV-Hub. Het recht om vrij een leverancier te kiezen voor de op het GDS aangesloten partij impliceert dus dat bedrijven die een laadpaal hebben geïnstalleerd en exploiteren, zelf de leverancier voor de laadpaal mogen kiezen. Wat dit betekent voor de occasionele gebruiker van de laadpalen, is echter niet meteen duidelijk. Op dit moment lijkt er dus geen leverancierskeuze voor hen te bestaan. Verdere duidelijkheid omtrent de toepassing van de bepalingen inzake derdentoegang en de vrije leverancierskeuze bij laadpalen is dan ook nodig.

Op nationaal niveau, lijkt de invulling van derdentoegang vaak beperkt te blijven tot de toegang die een leverancier heeft op een net, en daarmee gekoppeld de vrije leverancierskeuze. Zo definieert het ACM derdentoegang als: het recht van een afnemer op keuzevrijheid van leverancier.[91] Ook hier is de leverancierskeuze gekoppeld aan de kwalificatie van de afnemer.

[87] Ibid, randnummer 44 - 45.
[88] Art. 2(36) Richtlijn 2019/944.
[89] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 45.
[90] Art. 1(1)(c) E-Wet 1998.
[91] ACM, Elektriciteitsvoorschriften plus toelichting, 2 mei 2014, 1.

(b) Universele dienstverlening

Zoals hierboven reeds aangehaald, zet de Elektriciteitsrichtlijn voorop dat alle huishoudelijke afnemers en, indien de lidstaten dit nodig achten, kleine ondernemingen, aanspraak moeten kunnen maken op universele dienstverlening. Dit houdt in dat deze (kleine) afnemers een recht hebben op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen concurrerende, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen op hun grondgebied.[92] Deze bepaling voorziet in het waarborgen van een minimumpakket van diensten die van primair belang voor de burgers wordt geacht, waaronder elektriciteit.[93]

Zoals hierboven reeds werd aangegeven, dient er een verschil te worden gemaakt tussen toegang en aansluiting. Met betrekking tot de universele dienstverlening onderlijnde het Europese Hof in Sabatauskas ook dat artikel 27 van de Elektriciteitsrichtlijn vermeldt dat "*de lidstaten distributiebedrijven kunnen verplichten om afnemers op hun netwerk aan te sluiten, teneinde de universele dienstverlening te waarborgen*".[94] Dit kan zo worden geïnterpreteerd dat de universele dienstverlening een recht op aansluiting voor bepaalde afnemers behelst, in de context van universele dienstverlening. Het gaat hier dus niet om een algemeen recht op aansluiting.

Hierbij stelt zich de vraag of de universele dienstverplichting ook geldt voor gesloten distributiesystemen. De ACM stelde dat de private systeembeheerder in principe dezelfde rechten en plichten heeft als een systeembeheerder op een openbaar net, tenzij de wetgeving hem hiervan vrijstelt. De ACM verwees hierbij ook naar de wettelijke bepaling inzake de aansluitplicht voor de particuliere systeembeheerder.[95] Hiermee lijkt de ACM de bepalingen in het licht van het Europese recht en rechtspraak te interpreteren. Wel moet worden opgemerkt dat deze uitleg dateert van vóór het wetsontwerp, waarin de aansluitingstaak is aangepast (dit wordt later besproken). Toch lijkt het, zeker in navolging van de Europese richtlijn 2019/944 en de Europese rechtspraak, nog steeds juist om te stellen dat particuliere systeembeheerders dezelfde taken en plichten hebben, tenzij zij daarvan zijn ontheven binnen de grenzen van het Europees recht. Wel rijst de vraag naar de reikwijdte van de aansluittaak gelet op het karakter van het GDS.

---

[92] Art. 27 Richtlijn 2019/944.
[93] S. Pront-van Bommel, "Het Derde Energiepakket", (2010) *Sociaal-economische Wetgeving : Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht (SEW),* vol. 58, nr. 11, 456 - 457.
[94] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 41; Ten tijde van het arrest was de universele dienstverlening opgenomen in artikel 3, lid 3, van de Richtlijn 2003/54/EG.
[95] ACM, Elektriciteitsvoorschriften plus toelichting, 2 mei 2014, 4.

Daarbij moet er ook op worden gewezen dat de universele dienstverplichting een bepaling omvat die opdraagt aan de lidstaten om te voorzien dat bepaalde (kleine) afnemers het recht op levering van elektriciteit kunnen effectueren. Dit is dus niet zozeer een verplichting die wordt opgelegd op de beheerder van gesloten systemen. Het zijn de lidstaten die dienen vorm te geven aan de uitvoering van universele dienstverplichting, door te verzekeren dat elke (kleine) afnemer de mogelijkheid heeft om zich ergens aan te sluiten. Dit zal in de praktijk met name betrekking hebben op een aansluiting op het gewone 'openbare' net. Desalniettemin is het van belang om deze bepaling in acht te houden, omdat in theorie de gesloten distributiesystemen niet zijn uitgesloten van de toepassing van de universele dienstverplichting als huishoudens incidenteel zijn aangesloten op hun net of binnen hun geografisch afgebakende gebied vallen.

(c) De relatie tussen derdentoegang en universele dienstverplichting

Na de bovenstaande analyse, en vooral de bespreking van de jurisprudentie inzake derdentoegang, stelt zich de vraag hoe de bepalingen inzake derdentoegang en universele dienstverplichting zich verhouden ten aanzien van elkaar. Meer specifiek rijst de vraag of een recht op aansluiting niet kan volgen uit het recht van de afnemer op toegang tot het net (i.e. derdentoegang).

De advocaat-generaal stelde in het Sabataukas arrest dat "*uit artikel 20, lid 1, van de richtlijn indirecte regels voor de aansluiting [zouden] kunnen volgen, aangezien aansluiting op een net een voorafgaande voorwaarde voor de uitoefening van het toegangsrecht is*".[96] Deze regels inzake aansluiting hebben voornamelijk een technisch karakter, waaronder het opstellen van technische voorschriften voor de netaansluiting en de objectieve en niet-discriminerende aansluiting. Deze regels omvatten echter ook de verplichting om alle huishoudelijke en andere kleine afnemers op hun net aan te sluiten (i.e. de universele dienstverlening). Dit laatste zou een recht voor bepaalde afnemers op een aansluiting van een distributienet kunnen inhouden.[97] Deze analyse is echter niet expliciet door het Europese Hof bekrachtigd.

Dit vraagstuk is van belang gezien derdentoegang, zoals hierboven aangehaald, van toepassing is verklaard op gesloten distributiesystemen. Indien een recht op aansluiting logisch volgt op het principe van derdentoegang (i.e. het recht op toegang op het net), worden de bepalingen inzake de universele dienstverplichting (en dus het recht op aansluiting voor bepaalde afnemers) ook

[96] Conclusie AG, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:344, randnummer 37.
[97] Ibid, randnummer 38.

van belang voor gesloten distributiesystemen. Het bestaan en reikwijdte van een recht van aansluiting ten aanzien van de gesloten distributiesystemen is hierbij dus een belangrijke vraag. Verdere duidelijkheid op Europees niveau zou daarbij wenselijk zijn.

(d) Lidstaten kunnen de toegang beperken tot bepaalde systemen

Zoals hierboven besproken, geldt derdentoegang in principe voor elk distributiesysteem, ongeacht of het openbaar of particulier is. Verder werd ook reeds uiteengezet dat het recht tot toegang en recht tot aansluiting enigszins gelinkt zijn aan elkaar. Zo stelde de advocaat generaal in de zaak Sabatauskas dat uit de regeling van derdentoegang "*indirect een keuzerecht met betrekking tot de netaansluiting kunnen volgen, wanneer zonder dit keuzerecht ook de toegang zou worden belemmerd*".[98]

De lidstaten hebben echter een zekere manoeuvreerruimte om systeemgebruikers naar het ene of het andere type systeem te leiden, op voorwaarde dat dit volgt uit niet-discriminerende redenen en op basis van objectieve overwegingen doen. In dit verband heeft het Europees Hof in de zaak Sabatauskas verduidelijkt dat systeemgebruikers weliswaar recht hebben op toegang tot een elektriciteitsnet, maar dat de lidstaten kunnen beslissen of systeembeheerders zich op het ene dan wel op het andere type systeem moeten kunnen aansluiten.[99]

Het is dus niet zo dat de potentiële afnemer volledig vrij is in de keuze van het soort net waarop hij wil worden aangesloten. Dit is bevestigd door het Hof van Justitie in de zaak Sabatauskas.[100] Het Hof concludeerde in die zaak dat de bepaling inzake derdentoegang geen beletsel vormt voor een weigering om een aansluiting tot stand te brengen op de installaties van de in aanmerking komende afnemer die zich binnen het in de vergunning vastgestelde gebied van de distributiesysteembeheerder bevinden. Er dient wel te worden gegarandeerd dat dit gebeurd op basis van objectieve criteria en zonder onderscheid te maken tussen systeemgebruikers.[101]

[98] Ibid, randnummer 40.
[99] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 47.
[100] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551.
[101] Ibid, randnummer 49.

2.2.2.2.2. De nieuwe concept Energiewet

(a) De vrije leverancierskeuze, de aansluit- en transporttaak

De bepalingen inzake derdentoegang, de vrije leverancierskeuze en de universele dienstverplichting zijn (min of meer) terug te vinden in de nieuwe concept Energiewet.

Artikel 2.1.1 van de concept Energiewet zet in elk geval uiteen dat eindafnemer vrij is een leveringsovereenkomst te sluiten met de leverancier van zijn keuze. Gezien dit een algemene bepaling is, lijkt het ook duidelijk zijn dat dit van toepassing is op de GDS-beheerder.

Met betrekking tot de universele dienstverplichting, koos Nederland ervoor om dit toe te passen op huishoudelijke afnemers én micro-ondernemingen. Het voorstel legt hiervoor vast dat (i) een leverancier betrouwbaar is en (ii) handelt tegen transparante, duidelijk vergelijkbare, marktgebaseerde prijzen en tegen redelijke voorwaarden. Ook is de leveringszekerheid gegarandeerd als er een energieleverancier failliet gaat. Verder dient beheerder van het distributienet ervoor te zorgen dat benodigde capaciteit op het systeem aanwezig is en dat de veiligheid en betrouwbaarheid van het systeem zijn gewaarborgd.[102] Hoewel Nederlandse rechtspraak eerder aangaf dat de universele dienstverplichting begrepen moest worden als het ‘recht op een aansluiting’, lijkt dit niet meteen duidelijk in de Memorie van Toelichting van de nieuwe Energiewet: het gaat hier voornamelijk om leveringszekerheid.

Wat de derdentoegang betreft dient te worden gekeken naar de bepalingen inzake de aansluit) en transporttaak. In de Elektriciteitswet 1998 werd dit echter enigszins anders geregeld. Hier is momenteel sprake van (a) een aansluitplicht en (b) een transportplicht. Artikel 23 van de wet bepaalt dat de systeembeheerder verplicht is om eenieder die daarom verzoekt een aansluiting op het net te verschaffen. De wet voorziet niet in uitzonderingen hierop. Naast de aansluitplicht heeft de systeembeheerder op grond van artikel 24 van de wet de verplichting om de verzoekende partij een aanbod te doen om elektriciteit te transporteren via het door de systeembeheerder ten behoeve van de verzoekende partij beheerde net: de transportplicht.[103] In tegenstelling tot de onvoorwaardelijke aansluitverplichting kent de transportplicht wel een wettelijke uitzonderingsgrond voor een beperkte capaciteit. Voor zover de systeembeheerder redelijkerwijs geen capaciteit beschikbaar heeft voor het gevraagde transport, mag deze het transport

[102] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 72 - 73.
[103] Art.24, eerste lid E-Wet 1998.

weigeren.[104] Het gaat hier overigens om een recht op transport voor zowel afnemers, als andere partijen waaronder leveranciers en handelaren.[105]

Het nieuwe wetsvoorstel past deze aansluit- en transporttaak grondig aan, zodat deze meer in overeenstemming is met de EU-richtlijnen, en meer specifiek artikel 6 van de richtlijn 2019/944 inzake derdentoegang.[106] Het gaat hierbij nog steeds om een recht op aansluiting en transport waaraan de netbeheerder dient te voldoen, maar de bepaling wordt geherstructureerd en aangepast. De uitzonderingen worden beschreven voor zowel de aansluit- als transporttaak, deze bepalingen worden expliciet geregeld voor de GDS-beheerder, en de bepalingen voegt twee specifieke uitzonderingen toe voor de aansluittaak voor de GDS beheerder.

De aansluittaak wordt dus in een aparte bepaling geregeld voor distributienetten en gesloten distributiesystemen. Met betrekking tot de gesloten distributiesystemen stelt de concept Energiewet dat een verzoek om een aanbod tot aanleg van of wijziging naar een aansluiting voor elektriciteit kan geweigerd worden om verschillende redenen uiteengezet in artikel 3.6.23 van de concept Energiewet. **Ten eerste**, indien het beheer- of het productieproces van de aangeslotenen van zijn systeem om specifieke, technische of veiligheidsredenen geïntegreerd zijn.[107] **Ten tweede**, indien de verzoeker geen deel uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waar de eigenaar of beheerder van het gesloten systeem toe behoort.[108] De notie ‘groep’ wordt gedefinieerd als: een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.[109] **Ten derde,** en net zoals dit geregeld is voor de aansluittaak van de distributiesysteembeheerder, kan men een aanbod weigeren “*indien er redelijkerwijs onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is op zijn systeem*”.[110] Deze uitzonderingen op de aansluit- en transporttaak zullen alleszins restrictief

[104] Art. 24, tweede lid E-Wet 1998; Sander Simonetti, Nicolas Jans, and Pieter Leopold, “Capaciteitsgebrek op het elektriciteitsnet: verplichtingen van de netbeheerder”, (2019), *Energy Law Blog*, 2; zie ook: Gerechtshof ’s-Hertogenbosch (GHSHE), Enexis Netbeheer B.V. t. Energiepark B.V., 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, randnummer 5.9; CBb, De Graaf Logistics B.V. t. de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, 1 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW8457 en BW8446; CBb, Delta Netwerkbedrijv B.V. en Windpark Neeltje-Jans B.V. t. ACM, 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:263 en 264.
[105] Kamerstukken II (1997 -1998), 25621, nr. 3, p. 34 en 35.
[106] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 49.
[107] Art. 3.6.23, lid 1, onderdeel a van de concept Energiewet.
[108] Art. 3.6.23, lid 1, onderdeel b van de concept Energiewet.
[109] Art. 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek
[110] Art. 3.6.23, lid 3 van de concept Energiewet.

door het ACM worden geïnterpreteerd.[111] Uit de ontheffing vloeien heel wat voordelen voort, maar worden ook enkele belangrijke verplichtingen aan verbonden. Gezien de aansluit- en transporttaak zeer belangrijke taken zijn waarmee de GDS-beheerder rekening moet houden, kan hier niet zomaar van worden afgeweken. Goede motivering zal bijgevolg noodzakelijk zijn indien de beheerder van de E-OV-Hub zich op één van de uitzonderingsgronden wilt beroepen.

Het moet hierbij wel opgemerkt worden dat de eerste twee uitzonderingen ten aanzien van de aansluittaak van de GDS betrekking hebben op het verzoek van een aanbod doen tot aanleg of wijziging van een aansluiting op het systeem. De derde uitzondering, inzake transportcapaciteit, kan worden ingeroepen voor de verzoeken met een aanbod tot (a) het in gebruik geven, beheren en onderhouden van een aansluiting op zijn systeem, en (b) het verzorgen van transport van elektriciteit of gas over zijn systeem.[112]

Weliswaar moet ook worden benadrukt dat het recht op aansluiting enkel geldt voor de afnemer binnen de geografisch afgebakende locatie zoals vastgesteld bij de kwalificatie van een net als GDS. Enkel binnen deze locatie geldt een soort aansluitingsplicht voor de ontheffingshouder.[113] Het moet ook effectief gaan om het overdrachtspunt of de knip in het net dat in dit gebied ligt.

Het recht op aansluiting (binnen het gebied van de GDS-beheerder) was tot op heden vrijwel onbegrensd voor de reguliere distributiesystemen. Iedereen die er toe verzoekt dient een aanbod te krijgen tot aansluiting op een elektriciteitssysteem. Dit geldt onder de volgende voorwaarden: (i) de beheerder moet enkel een aanbod doen tot aansluiting op een voor aansluiting technisch geschikt punt, (ii) dat wordt aangesloten op een passend spanningsniveau en (iii) dat het in beginsel gaat om een punt op het systeem dat de laagste aansluitkosten oplevert voor de verzoeker.[114] Het wetsontwerp neemt dit over, maar stelt aldus twee bijkomende uitzonderingen voor de weigering van aansluiting op de gesloten distributienetten (zie hierboven) en neemt uitdrukkelijk de uitzondering inzake capaciteitstekort voor de GDS-beheerder.

[111] Zo wordt de uitzondering inzake capaciteitstekort alleszins restrictief geïnterpreteerd voor de reguliere systeembeheerder, gezien de transporttaak één van de kerntaken is van een beheerder. Dit is echter ook een taak die toebehoort aan de GDS-beheerder. Ook uit gesprekken van de ACM werd duidelijk dat de bepalingen inzake derdentoegang strikt worden toegepast. Zie bijvoorbeeld besluit van de ACM van 6 december 2018 met zaaknummer ACM/18/033359 (Schenkeveld/Liander), randnummer 56 e.v.
[112] Art. 3.6.23, lid 2 van de concept Energiewet.
[113] Besluit van ACM inzake Railinfratrust, 23 april 2014, 12.0310.30, ACM/DE/2014/202129, randnummer 34.
[114] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 88.

Hier moet echter de universele dienstverlening in acht worden genomen. Zo legt de Memorie van Toelichting dat dit voor kleine aansluitingen anders is: systeembeheerders kunnen zich niet op deze grond beroepen, mede gelet op de universele dienstverplichting voor huishoudelijke afnemers en micro ondernemingen uit artikel 27 van de richtlijn.[115] Hoewel dit laatste enkel expliciet wordt uiteengezet met betrekking tot de aansluittaak van de distributiesysteembeheerders opgenomen in artikel 3.4.8 van de concept Energiewet, is er niets dat aangeeft dat dit moet worden uitgesloten voor de gesloten distributiesystemen. De systeembeheerder die de aansluiting weigert wegens capaciteitsgebrek dient overigens de nodige inspanning moeten doen om verder te onderzoeken of in de toekomst aan het verzoek kan worden voldaan, en neemt enkele vervolgstappen wanneer men de aansluiting niet kan voorzien.[116] Deze motiveringsplichten zijn in de concept Energiewet verder aangescherpt, wat hieronder verder zal uiteengezet worden.

Hoewel de concept Energiewet de aansluit- en transporttaak inderdaad enorm heeft verduidelijkt ten aanzien van de huidige wetgeving en in overeenstemming heeft gebracht met de Europese richtlijn, lijkt de concept Energiewet wel nog steeds op enkele punten te verschillen van het Europees recht. De Europese notie van ‘derdentoegang’ omvat een recht op toegang tot het net voor systeemgebruikers en (zoals hierboven reeds uiteengezet) niet een recht op aansluiting. De Nederlandse wetgever heeft dit echter vertaald in de aansluit- en transporttaak van de netbeheerder. Op zich lijkt dit geen probleem te zijn, aangezien het ontzeggen van toegang tot het net feitelijk ook zal leiden tot het ontzeggen van aansluiting.

De aansluittaak wordt uitdrukkelijk geregeld voor de gesloten distributiesystemen, en gaat zelfs verder dan de Europese Elektriciteitsrichtlijn. De vraag blijft echter hoe dit zich verhoudt met de universele dienstverlening. Het lijkt alleszins dat de beperkingen die de concept Energiewet uiteenzet met betrekking tot de aansluittaak van de beheerder van een GDS rekening lijken te houden met de precieze karakteristieken van een GDS: het kan niet zo zijn dat het recht tot aansluiting van een in aanmerking komende afnemer afbreuk kan doen aan de redenen (bv. technische redenen, primair elektriciteit leveren aan verwante bedrijven) die naar voren werden gebracht bij de ontheffingsaanvraag van het GDS. De beheerder van een GDS kan dan ook dit aanbod weigeren in zulke situaties. Dit valt samen met de Europese richtlijn. Er moet er namelijk aan herinnerd worden dat het de taak van de lidstaten is om de universele dienstverlening te garanderen, en hier vorm aan te geven. Zolang de universele dienstverlening door de lidstaten

[115] Ibid, 88.
[116] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 89.

gegarandeerd is, lijkt het inderdaad mogelijk om de aansluiting van afnemers tot een GDS te beperken. Dit stemt overeen met de Europese jurisprudentie in de zaak Sabatauskas, waarin het Europees Hof benadrukte dat de lidstaten wel degelijk de ruimte hebben om te beslissen of zij op het ene dan wel op het andere type systeem willen aansluiten, zolang dit maar objectief en niet-discriminerend gebeurt.[117] Dit betekent uiteraard dat in gevallen waarin de toegang tot het GDS zodanig beperkt is dat de universele dienstverplichting niet gewaarborgd is, er een probleem is met betrekking tot de wijze waarop de Nederlandse wetgever de verplichtingen inzake universele dienstverlening nakomt. In dat geval zal het aan de lidstaat zijn om deze situatie te verhelpen. Het lijkt echter zeer uitzonderlijk te zijn dat zich een situatie zal voordoen waarin de universele dienstverplichting alleen kan worden gewaarborgd door toegang te moeten verlenen tot het GDS, en in dit specifieke voorbeeld, de E-OV-Hub. Het E-OV-Hub net zal hoogstwaarschijnlijk overlappen met het net van Stedin. Waar een klassiek GDS vaak een soort afgesloten net-eilandbetreft, is het metronet van de E-OV-Hub een net dat in het gebied van een ander netwerk ligt. Afnemers zullen dus vooral aansluiting vinden bij Stedin. Het is dus wel zo dat een grote groep van potentiële afnemers een aansluiting op een ander net kan vinden, en de weigering van de GDS-beheerder van de aansluiting op grond van de besproken weigeringsgronden geen onnodige beperking van de universele dienstverplichting zal inhouden. Niettemin wordt aanbevolen dat de wetgever de verplichtingen specificeert die voor de GDS voortvloeien uit de bepalingen inzake de universele dienstverlening ten aanzien van huishoudens en micro-ondernemingen die in het gebied van de GDS gelegen zijn. Hoewel het duidelijk is dat het hier om een uitzonderlijke situatie gaat, is het toch een juridische lacune die nadere verduidelijking verdient, mocht deze situatie zich voordoen.

De transporttaak, inclusief de uitzondering voor het tekort aan transportcapaciteit, is nu ook expliciet geregeld voor de GDS-beheerder. Gezien de transporttaak niet fundamenteel veranderd is, is het recht op transport zoals in de huidige Elektriciteitswet niet beperkt tot afnemers, maar gaat het ook om leveranciers die een verzoek tot transport kunnen doen.[118] Hoewel de concept Energiewet (net zoals de Europese Elektriciteitsrichtlijn) de vrije keuze tot leverancier van een afnemer niet beperkt, lijkt het wel mogelijk dat, in kader van de transporttaak van de GDS-

[117] HvJ-EU, Julius Sabatauskas & others (C-239/07), 9 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:551, randnummer 47.

[118] Met betrekking tot de huidige Elektriciteitswet 1998 blijkt dit uit de volgende kamerstukken: Kamerstukken II (1997 -1998), 25621, nr. 3, p. 34 en 35: "*Binnen deze marges heeft de netbeheerder de plicht op alle verzoeken om transport van elektriciteit een aanbod te doen, zonder daarbij onderscheid te maken tussen de verschillende verzoekers. Met name mag hij zijn aandeelhouders of bepaalde producenten en leveranciers niet bevoordelen.*"

beheerder, het verzoek om vervoer van die leverancier kan worden geweigerd vanwege een capaciteitstekort. Dit is echter niet volledig duidelijk. De bepalingen inzake derdentoegang en de vrije leverancierskeuze worden namelijk vrij strikt geïnterpreteerd door de ACM.

2.2.2.3. Uitzonderingen op toegangsverplichtingen

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat de toegangs- en aansluitingsverplichtingen zeker niet absoluut zijn. Zo is reeds gewezen op de uitzonderingen die in het nieuwe wetsontwerp zijn opgenomen met betrekking tot de aansluit- en transporttaak van de GDS-beheerder. Hieronder zal nader worden ingegaan op één van de genoemde uitzonderingen: de beperkte capaciteit. Daarnaast wordt ook kort ingegaan op de uitzondering inzake de openbaredienstverplichting.

2.2.2.3.1. Beperkte capaciteit

Zoals reeds besproken, is een belangrijke uitzondering op de derdentoegang de situatie waarin de beheerder van het net redelijkerwijs geen capaciteit heeft om toegang te verlenen.[119] Dit wordt expliciet voorzien in artikel 6(2) van de Elektriciteitsrichtlijn, en werd opgenomen in artikel 24(2) Elektriciteitswet 1998. Deze uitzondering wordt ook in de nieuwe concept Energiewet overgenomen inzake de aansluit- en transporttaak. Met betrekking tot de reguliere transmissie- en distributiesysteembeheerder is dit terug te vinden in artikel 3.4.8 inzake de aansluittaak elektriciteit voor de reguliere transmissie- en distributiesysteembeheerder en artikel 3.4.14 inzake de transporttaak voor de transmissie- en distributiesysteembeheerders. Met betrekking tot de gesloten systemen (GDS) is dit terug te vinden in artikel 3.6.22 inzake de aansluittaak.[120] In het wetsontwerp hebben de beheerders van gesloten systemen hierdoor een duidelijke basis om verzoeken om aansluiting van derden en het transport te weigeren.[121]

Uit bestaande jurisprudentie volgt echter dat deze uitzondering restrictief wordt geïnterpreteerd. Zo lijkt de ACM vergaande inspanningen van de reguliere systeembeheerder te verwachten om aan de transportverplichting te voldoen.[122] In het besluit Schenkeveld/Liander overwoog de ACM dat een systeembeheerder alleen met succes een beroep kan doen op de uitzondering op de transportverplichting indien men alle middelen uit de bedrijfsvoering heeft ingezien ten einde aan

[119] Art. 24(2) E-Wet 1998; Artikel 6(2) Richtlijn 2019/944; HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 57.
[120] Art. 3.4.8. conceptwet; MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 88.
[121] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 107.
[122] Besluit van ACM inzake Schenkeveld/Liander, 6 december 2018, ACM/18/033359, randnummer 56 e.v.

het verzoek tot transport te kunnen voldoen.[123] Dit volgt uit de transporttaak als één van de kerntaken van de systeembeheerder. Belangrijk is hierbij op te merken dat de verplichtingen van de GDS-beheerder niet zo ver lijken te gaan dat deze de plicht heeft om verder te onderzoeken of men in de toekomst aan het verzoek kunnen voldoen, zoals bijvoorbeeld door de aankoop van flexibiliteitsdiensten.[124] Dit geldt enkel voor de reguliere distributiesysteembeheerder. Niettemin worden de bepaling inzake de derdentoegang, en dus ook de uitzonderingen daarop, door de ACM vrij strikt toegepast.

Op grond van het discriminatieverbod moet de systeembeheerder ook bij de toewijzing van transportcapaciteit alle partijen met een aansluiting gelijk behandelen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft hieromtrent eerder bepaald dat een systeembeheerder bij het aanbieden van transport geen onderscheid mag maken tussen recent en reeds langer aangeslotenen.[125]

De nieuwe concept Energiewet gaat nog steeds uit van het recht tot aansluiting, maar de concept Energiewet verduidelijkt dat de aansluiting niet gerealiseerd moet worden indien er sprake is van een tekort aan transportcapaciteit.[126] Enkel wanneer er sprake zou zijn van kleinere aansluitingen, is deze uitzondering niet van toepassing. Dit volgt uit de universele dienstverplichting voor huishoudelijke afnemers en micro-ondernemingen uit artikel 27 van de richtlijn.[127] Of dit ook voor het GDS geldt, wordt uit de Memorie van Toelichting niet volledig duidelijk: deze uitzondering wordt namelijk enkel besproken met betrekking tot de gewone distributiesystemen. Op grond van de bepalingen inzake derden toegang en universele dienstverplichting van de Europese Elektriciteitsrichtlijn, zoals uitgelegd door het Europese Hof van Justitie, is de universele dienstverplichting wel van toepassing op elke distributiesysteem. Zoals hierboven, met betrekking tot de toepassing van het beginsel van derdentoegang, reeds uitgelegd, dient het begrip distributiesysteem ruim te worden uitgelegd. Meer in het bijzonder vallen particuliere netwerken, zoals een GDS, onder het beginsel van derdentoegang.[128] Het verdient daarom aanbeveling dat

[123] Ibid, randnummer 63; S Sander Simonetti, Nicolas Jans, and Pieter Leopold, “Capaciteitsgebrek op het elektriciteitsnet: verplichtingen van de netbeheerder”, (2019), *Energy Law Blog*, 2.
[124] Dit volgt ook uit de uitzondering voorzien in artikel 38, lid 2, onderdeel c Richtlijn 2019/944.
[125] CBb, VEMW en PAWEX t. ACM, 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172, randnummer 2; Sander Simonetti, Nicolas Jans, and Pieter Leopold, “Capaciteitsgebrek op het elektriciteitsnet: verplichtingen van de netbeheerder”, (2019), *Energy Law Blog*, 2.
[126] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 88 - 89.
[127] Ibid, 88.
[128] Zij het met toepassing van ontheffingsregels omdat de volledige toepassing van alle regels op een GDS niet wenselijk was; HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 49 - 53.

de wetgever verduidelijkt welke verplichtingen inzake universele dienstverlening wel/niet van toepassing zijn op de beheerder van de GDS en hoe de wetgever de verplichtingen inzake universele dienstverlening wil waarborgen.

In elk geval moet ook verwezen worden naar de twee andere uitzonderingen opgenomen in de concept Energiewet waarop de beheerder van een GDS zich kan beroepen met betrekking tot zijn aansluittaak: de weigering op grond van (a) specifieke, technische of veiligheidsredenen of (b) omdat de verzoeker geen deel uitmaakt van de groep. Deze voorzien uitdrukkelijk in een uitzondering om de grondgedachte van het GDS te vrijwaren. Indien de weigering van een aansluitingsverzoek op basis van de transportcapaciteit niet voldoende blijkt te zijn, zal het GDS zich ook op deze twee uitzonderingsgronden kunnen beroepen.

Verder zijn er enkele vervolgstappen die de reguliere systeembeheerder moet ondernemen bij weigering wegens een capaciteitstekort. De beslissing tot weigering moet met redenen omkleed zijn.[129] Deze motivatieverplichting is overigens aangescherpt in het wetsvoorstel voor de nieuwe Energiewet.[130] Zo staat in het wetsvoorstel dat een deugdelijke motivering moet worden gegeven aan degene van wie het verzoek wordt geweigerd. Deze aanvrager moet ook informatie krijgen over geschikte alternatieve punten waartoe de verzoeker zich kan wenden.[131] De concept Energiewet neemt deze strenge motiveringsplicht echter enkel expliciet op wanneer het gaat om de aansluittaak van de transmissie- en distributiesysteembeheerder.[132] De bepalingen inzake de gesloten systemen stellen enkel dat de beheerder van een gesloten systeem een weigering van onderbouwing voorziet.[133] De vraag is wel of deze motiveringsverplichting ook geldt voor het GDS bij het inroepen van de uitzonderingsgronden. Op grond van de huidige concept Energiewet lijkt dit niet zo te zijn, gezien dit enkel expliciet is geregeld voor de reguliere distributiebeheerder. In elk geval lijkt het aan te raden dat de wetgever verder verduidelijkt wat de verplichtingen zijn voor het GDS bij het inroepen van de uitzonderingsgronden.

Ook is het belangrijk op te merken dat de conceptwet ook de regels betreffende de aansluittermijn voor de systeembeheerder aanpast en wordt de maximumtermijn van 18 weken vervangen door het begrip ‘een redelijke termijn’, wat meer ruimte biedt voor gevallen waarin de specifieke termijn

[129] Artikel 24(2) E-Wet 1998.
[130] Voor de reguliere distributiesysteembeheerder is dit uitgewerkt in art. 3.4.8., lid 3 concept Energiewet.
[131] Art. 3.4.8. lid 3 concept Energiewet; MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 89.
[132] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 89 en 93; Art. 3.4.8, lid 3 concept Energiewet.
[133] Art. 3.6.23, lid 3 concept Energiewet.

van 18 weken niet geschikt of technisch niet haalbaar was.[134] Of dit ook voor de GDS geldt is niet meteen duidelijk.

Als laatste rijst de vraag of op deze uitzondering een beroep kan worden gedaan in geval van contractuele congestie. Dit verschilt van feitelijke (technische) congestie, aangezien het hier gaat om een beperking van de capaciteit doordat deze capaciteit op een bepaald deel van het net is gecontracteerd door (en gereserveerd voor) partijen die deze capaciteit pas in de toekomst zullen gebruiken. Hoewel een sluitend antwoord op deze vraag nog niet is gegeven, lijkt het erop dat dit, op grond van het non-discriminatiebeginsel en de hierboven uiteengezette interpretatie van de uitzondering, geen voldoende reden is.[135]

2.2.2.3.2. Openbaredienstverplichting

Het is duidelijk dat de concept Energiewet in heel wat uitzonderingen voorziet met betrekking tot de aansluit- en transporttaak. De GDS-beheerder heeft dus heel wat middelen ter beschikking om het systeem af te schermen. Wel stelt zich de vraag of de aangesloten afnemer altijd een vrije keuze moet hebben met betrekking tot de leverancier. Hier kan zich namelijk de situatie voordoen dat de betrokken afnemers elk een andere leverancier kiezen, en dit zo de grondgedachte achter de hub (het doorleveren van restenergie) in gedrang brengt. Zowel op Europees als nationaal niveau wordt de leverancierskeuze zelf niet beperkt.[136] Het Europese recht voorzien wel in een uitzondering op derdentoegang, waarbij de toegang van een leverancier kan worden geweigerd indien er onvoldoende capaciteit is.[137] Hoewel dit geen uitzondering vormt op de leverancierskeuze, zal de beperkte toegang van een leverancier op het net ook leiden tot een beperkte keuze. In de concept Energiewet is deze uitzondering gekoppeld aan de transporttaak.[138] Hierbij zou men kunnen stellen dat de leverancierskeuze indirect ook beperkt wordt wanneer het verzoek tot transport van een leverancier afgewezen wordt wegens een tekort aan transportcapaciteit. Het is echter niet meteen duidelijk wat er gebeurd in de situatie waarbij de E-OV-Hub wél voldoende capaciteit heeft, maar geen toegang tot het net wil geven aan nieuwe leveranciers gezien dit de doelstelling van de hub tegengaat.

[134] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 32 - 33.
[135] Sander Simonetti, Nicolas Jans, and Pieter Leopold, “Capaciteitsgebrek op het elektriciteitsnet: verplichtingen van de netbeheerder”, (2019), *Energy Law Blog*, 2.
[136] Dit kan worden afgeleid uit de bewoording van de richtlijn en concept Energiewet. De leverancierskeuze is geregeld in art. 4 Richtlijn 2019/944 en art. 2.1.1 concept Energiewet.
[137] Art. 6(2) Richtlijn 2019/944.
[138] Art. 3.6.23 concept Energiewet.

Hier zou de uitzondering inzake de openbaredienstverplichting een oplossing kunnen bieden. Het Europese energierecht voorziet namelijk nog in een extra uitzondering op het beginsel van derdentoegang en omvat de mogelijkheid voor de lidstaten om ontheffingen van de regeling inzake derdentoegang toe te staan onder voorwaarden voor de vervulling van een taak van algemeen economisch belang.[139] Krachtens artikel 9, lid 2 van de EU Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 kunnen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen die betrekking kunnen hebben op de veiligheid, met inbegrip van voorzieningszekerheid, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat.[140] De desbetreffende bepalingen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, en met name artikel 106, worden hierbij in aanmerking genomen.[141]

De verwijzing naar artikel 106 VWEU, en de uitzondering op het EU gemeenschapsrecht opgenomen in lid 2 daarvan, is hier van belang, omdat de toegestane uitzonderingen op het beleid de interne markt zo min mogelijk moeten verstoren, maar wel binnen de regels van de EU-verdragen ruimte creëren voor bedrijven die een bijzondere taak hebben gekregen.[142] Bovendien is het niet zo dat deze in artikel 106, lid 2 VWEU neergelegde uitzondering vereist dat de betrokken onderneming haar economische levensvatbaarheid in gevaar brengt. Het volstaat dat de onderneming, zonder de toepassing van de uitzonderingsregeling, niet in staat zou zijn de haar toevertrouwde bijzondere taken, die onder verwijzing naar haar openbaredienstverplichtingen worden omschreven, uit te voeren.[143]

Het is dan ook de EU-Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 die van deze uitzondering gebruik maakt. Volgend uit artikel 9, lid 2 van de EU Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 geldt dat, wanneer aan een onderneming openbaredienstverplichtingen worden opgelegd, het mogelijk is om af te wijken van het beginsel van derdentoegang. Dit vormt dus een uitzondering die geldt naast de uitzondering van capaciteitstekort. In de zaak Federutility maakte het Europees Hof van Justitie voorts duidelijk

[139] HvJ-EU, Citiworks (c-439/06), 22 mei 2008, ECLI:EU:C:2008:298, randnummer 57; Art. 9(6) Richtlijn 2019/944.
[140] Art. 9(2) Richtlijn 2019/944.
[141] Art. 9(2) Richtlijn 2019/944.
[142] Art. 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU); Art. 3(3) Richtlijn 2019/944.
[143] ECR, Commission v French Republic (C-159/94), 23 oktober 1997, I-5815; Maria Mordwa, “The obligation of strategic gas storage introduced in Poland as an example of a public service obligation relating to supply security: a question of compliance with European law”, (2011), *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 4, No. 4, 75.

dat artikel 9, lid 2, van de richtlijn de EU-lidstaten een aanzienlijke beleidsvrijheid geeft om openbaredienstverplichtingen met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang vast te stellen en te definiëren.[144]

Wanneer lidstaten zich op deze uitzondering wilt beroepen dient aan enkele eisen te worden voldaan. Ten eerste moet met de maatregel een doelstelling van algemeen economisch belang worden nagestreefd, ten tweede moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen en ten derde moet de maatregel voorzien in duidelijk omschreven, transparante, niet-discriminerende en controleerbare openbaredienstverplichtingen en de gelijke toegang van energiebedrijven in de Unie tot de consument waarborgen.[145] Bij de analyse van het evenredigheidsvereiste dient rekening te worden gehouden met de volgende zaken.[146] De duur van een dergelijke actie moet dus worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de doelstelling van algemeen economisch belang te bereiken, en de uitzondering mag niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.[147]

Door deze uitzondering in het wetsontwerp op te nemen, zou de beheerder van de hub E-OV de toegang kunnen weigeren aan derden, met inbegrip van leveranciers, wanneer hij daarmee zijn openbaredienstverplichting zou ondermijnen. Het gaat hier dus niet om een situatie waarin de hub niet over de nodige capaciteit beschikt, maar om een situatie waarin de toevoeging van een nieuwe leverancier het achterliggende idee van de hub zou uithollen. Het is dan ook aan te raden om bij de verdere uitwerking en het functioneren van de E-0V-Hub te evalueren in hoeverre de reeds bestaande uitzondering in de concept Energiewet voldoende ruimte laten aan de E-OV-Hub om derdentoegang, en daarmee gekoppeld de leveranciersvrijheid, te beperken in het belang van de E-OV-Hub en of nog aanvullende maatregelen zijn vereist, bijvoorbeeld in het belang van de waarborging van openbare dienstverplichtingen.

2.2.2.3.3. Tussenconclusie

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat het rechtskader voor derdentoegang, de vrije keuze van de leverancier en de universele dienstverplichting zeer complex is. De Europese en nationale

[144] Saskia Lavrijssen, ‘’Opportunities in EU case law for achieving Dutch sustainable energy target It's up to the Netherlands to seize them”, (2013), *Utilities Law* Review, vol. 19, nr. 6, 24 - 25; HvJ-EU, Federutility and Others (C-265/08), 20 april 2010, ECLI:EU:C:2010:205, randnummer 29 and 30.
[145] HvJ-EU, Anode (C-121/15), 7 september 2016, ECLI:EU:C:2016:637, randnummer 36.
[146] HvJ-EU, Federutility and Others (C-265/08), 20 april 2010, ECLI:EU:C:2010:205, randnummer 29, 30, 35, 36 - 38, and 39 - 43.
[147] Ibid, randnummer 35–42.

regelgeving zijn door het wetsontwerp meer met elkaar in overeenstemming gebracht, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Toch blijven er nog enkele onduidelijkheden bestaan. Het is in ieder geval niet duidelijk welke rol de bepaling inzake de universele dienstverplichting heeft voor de GDS-beheerder.

De Europese bepaling inzake derdentoegang werd vertaald naar de aansluit- en transporttaak en werd expliciet omschrijven voor het GDS. De wet voorziet ook in enkele uitzonderingen. Het is dus niet zo dat in de praktijk elke verzoeker van een aansluiting en transport dit effectief zal krijgen. Hiervoor zijn reeds drie specifieke uitzonderingen in de concept Energiewet voorzien: **Ten eerste**, indien het beheer- of het productieproces van de aangeslotenen van zijn systeem om specifieke, technische of veiligheidsredenen geïntegreerd zijn. **Ten tweede**, indien de verzoeker geen deel uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waar de eigenaar of beheerder van het gesloten systeem toe behoort. **Ten derde,** indien er redelijkerwijs onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is op zijn systeem. Wat dit laatste betreft, is er echter nog steeds sprake van enige onduidelijkheid in het wetsontwerp: dit betreft onder meer de motiveringsverplichtingen bij de weigering van toegang en de toepassing van de universele dienstverplichting op een GDS. Het zou daarom aan te raden zijn om de uitzondering van transportcapaciteit voor de GDS-beheerder duidelijker uit te werken in de nieuwe concept Energiewet enin de Memorie van Toelichting.

In ieder geval is het niet aan de beheerder van een GDS om de universele dienstverplichting voor huishoudelijke afnemers en micro-ondernemingen te waarborgen. Dit is de taak van de lidstaat. De uitzonderingen waarop het GDS zich kan beroepen, lijken in overeenstemming te zijn met de Europese richtlijn en de rechtspraak. Wel moet men er rekening mee houden dat het theoretisch mogelijk is dat de weigering van een verzoeker om aansluiting in het gebied van de E-OV-Hub de universele dienstverplichting onnodig beperkt, waarbij het aan de lidstaten is om dit op te lossen. Hoe dit wordt vormgegeven is niet vastgelegd, maar theoretisch zou dit het verlenen van aansluiting op het GDS kunnen inhouden. Dit is echter een zeer uitzonderlijk geval, en het zal dan ook aan de wetgever zijn om dit verder te regelen met betrekking tot het GDS. Op dit moment dient het RET hieromtrent geen stappen te nemen, en kan men zich gewoon baseren op de in de wet uitgeschreven gronden.

Verder werd ook duidelijk dat bij de verdere uitwerking en het functioneren van de E-0V-Hub moet worden geëvalueerd in hoeverre de voorgestelde bepalingen voldoende ruimte laten aan de E-OV-Hub om derdentoegang (en met name de toegang van leveranciers) te beperken in het belang

van de E-OV-Hub en of nog aanvullende maatregelen zijn vereist, bijvoorbeeld in het belang van de waarborging van openbare dienstverplichtingen en in het belang van de universele dienstverplichting.

2.2.3. Andere relevante bepalingen inzake de E-OV-Hub

2.2.3.1. Actieve afnemer

Zoals reeds omschreven is het idee van de E-OV-Hub dat overtollige elektriciteit, deels gecontracteerd via een leverancier die is aangesloten op het elektriciteitsnet en deels opgewekt via de rembewegingen op het spoor, wordt doorgeleverd aan verwante bedrijven en derden. Het gaat hier dus om een eindafnemer die initieel zelf elektriciteit koopt voor eigen gebruik[148] en uiteindelijk de elektriciteitsoverschotten gaat doorleveren aan anderen. Dit is toegelaten voor alle groepen afnemers, inclusief industriële en commerciële.[149] Hierdoor treedt het metrobedrijf als een actieve afnemer op. Een actieve afnemer is namelijk een eindafnemer die (i) zelfopgewekte elektriciteit verkoopt of (ii) deelneemt aan flexibiliteits- of vraagresponsregelingen.[150] De E-OV-Hub kan dus worden aangemerkt als actieve afnemer, voor zover zijn activiteiten niet verder gaan dan haar voornaamste commerciële of professionele activiteiten (hier: vervoersbedrijf).[151] Volgens artikel 15, lid 1 van de Europese Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 moeten de lidstaten ervoor dat eindafnemers het recht hebben om op te treden als actieve afnemers zonder te worden onderworpen aan onevenredige of discriminerende technische vereisten, administratieve voorschriften, procedures en vergoedingen, en aan nettarieven, die de kosten niet weerspiegelen. Artikel 15, lid 2 bepaalt, meer specifiek welke rechten en verantwoordelijkheden de Lidstaten moeten waarborgen voor actieve afnemers.

2.2.3.2. Flexibiliteit Diensten

Om het distributiesysteem efficiënter te maken, voorziet de EU-Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 in een mechanisme waarbij de transmissie- of distributiebeheerder flexibiliteitsdiensten kan aankopen.[152] Flexibiliteit verwijst hier naar het vermogen van partijen om het aanbod van of de

[148] Art. 2(3) Richtlijn 2019/944.
[149] Recital 39 richtlijn 2019/944.
[150] Art. 15 en 17 richtlijn 2019/944.
[151] Art. 2(8) Richtlijn 2019/944; MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 51 – 52.
[152] Art. 32 Richtlijn 2019/944; Art. 3.4.15 concept Energiewet.

vraag naar elektriciteit aan te passen als reactie op marktsignalen.[153] De concept Energiewet bedeelt deze taak dan ook toe aan de distributie – en transmissiesysteembeheerder.[154] Deze taak werd niet overgenomen voor de beheerder van een GDS.[155] Echter, de E-OV-Hub zou hier wel een rol in kunnen spelen: het aanbieden van een flexibiliteitsdienst.

Het EU-regelgevingskader inzake flexibiliteitsdiensten stelt systeembeheerders derhalve in staat dergelijke diensten van systeemgebruikers te kopen en maakt maatregelen voor energie-efficiëntie in de energiesector mogelijk. De term 'flexibiliteitsdiensten' is echter moeilijk te definiëren en wordt zelfs binnen het Europese regelgevingskader niet gedefinieerd of verder uitgewerkt. In de memorie van toelichting bij de concept Energiewet wordt wel verduidelijkt dat het gaat om "*elektriciteit, vermogen en elektriciteit- en vermogensdiensten*", waaronder alle manieren vallen waarop flexibiliteitsdiensten kunnen worden verkregen.[156]

Zoals hierboven aangehaald kan de E-OV-Hub worden gekwalificeerd als actieve afnemer en kan deze rechtstreeks flexibiliteit leveren door de levering van overtollige capaciteit. Eventueel kan de E-OV-Hub ook optreden als aggregator voor andere afnemers indien dit binnen de grenzen van het GDS valt. Dit valt binnen het nieuwe wettelijke kader inzake aggregatie dat volgt de voorschriften uit de gewijzigde elektriciteitsrichtlijn, waarbij eindafnemers elektriciteit (opgewekte elektriciteit of flexibiliteitsdiensten) bundelen en verkopen.[157] Meer specifiek kan het gaan om aggregatie inzake invoeding via opgewekte energie door de eindafnemer, of aggregatie inzake vraagrespons waarbij elektriciteitsverbruik van een eindverbruiker bewust wordt aangepast ten opzichte van het normale of bestaande verbruikspatroon om op die manier flexibiliteit vrij maken.[158] Bij dit laatste komt op die manier elektriciteit (en dus flexibiliteit) vrij die kan worden doorgeleverd. Dit betreft dus een flexibiliteitsdienst die het metrobedrijf, als actieve afnemer kan leveren via de E-OV-Hub. Het metrobedrijf kan ook vraag en aanbod van de aangeslotenen op het GDS aggregeren. Daar is geen vergunning voor nodig (zie hiervoor titel 2.3. Concept Energiewet).

[153] TNO, Naar een toekomstbestendig energiesysteem, flexibiliteit met waarde, juli 2015; Zie ook: ACM, Verkenning naar belemmeringen voor de rol van aggregator, 10 april 2019, ACM/17/023478, 6.
[154] Art. 3.4.15 concept Energiewet.
[155] Art.
[156] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 94 - 95.
[157] De Europese Richtlijn en concept Energiewet zien in de mogelijkheid van (onafhankelijke) aggregatie voor de actieve afnemer; MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 52 - 54; Art. 13, 15 en 17 Richtlijn 2019/944.
[158] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 74 - 75

Bij capaciteitstekorten op het elektriciteitsnetwerk speelt deze mogelijkheid van het inkopen van flexibiliteitsdiensten een belangrijke rol met het oog op de uitbreiding of vervanging van de elektriciteitsnetwerkcapaciteit, teneinde capaciteitsbeperkingen op kosteneffectieve wijze te verlichten en de efficiënte en veilige werking van het distributiesysteem verder te ondersteunen. Gezien de groei van projecten voor hernieuwbare energie, zoals windenergie en zonneparken, neemt het belang van het opvangen van pieken en dalen in vraag en aanbod toe. Dit strookt met de uitvoering van het Klimaatakkoord, dat voorziet in een verschuiving naar nieuwe energiebronnen, maar ook de totstandbrenging van een robuuste en flexibele systeeminfrastructuur vereist.[159] De gewijzigde Elektriciteitsrichtlijn uit het Clean Energy Package benadrukt dan ook het belang van flexibiliteit in een duurzaam energiesysteem.[160] Dit mechanisme is ook overgenomen in het Nederlandse wetsvoorstel voor de Energiewet, waarbij flexibiliteit opties zoveel mogelijk moeten worden ondersteund door belemmeringen in de wet- en regelgeving zoveel mogelijk weg te nemen.[161] Behoudens wanneer door de regelgevende instanties wordt vastgesteld dat de aankoop van dergelijke diensten economisch niet efficiënt is of tot ernstige marktverstoringen of meer congestie zou leiden, zullen systeembeheerders derhalve worden aangemoedigd om dergelijke diensten te gebruiken.

Systeembeheerder kunnen via het afnemen van deze flexibiliteitsdiensten twee specifieke doeleinden vervullen. In de eerste plaats vormt het een manier om aan congestiebeheer te doen.[162] Congestie moet verstaan worden als de "*situatie waarin de maximale transportcapaciteit van een deel van een systeem niet voldoende is om te voorzien in de behoefte aan transport*".[163] In dit geval zouden de systeembeheerders aanspraak kunnen maken op flexibiliteitsdiensten op zowel korte als lange termijn, waarbij in het laatste geval eventueel flexibiliteitscontracten moeten worden gesloten.[164] In de tweede plaats laat het de systeembeheerder toe om, in navolging van de uitbreiding van zijn taken volgend uit de Elektriciteitsrichtlijn, zoals hierboven aangegeven, dergelijke diensten inkopen om het systeem efficiënter te exploiteren of verder te ontwikkelen. Ook dit kan een tijdelijke maatregel zijn, maar ook een structurele inzet van flexibiliteitsdiensten kan een manier zijn om het systeem te optimaliseren.[165]

[159] Ibid, 28.
[160] ACM, Verkenning naar belemmeringen voor de rol van aggregator, 10 april 2019, ACM/17/023478, 3.
[161] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 29.
[162] MvT wetsvoorstel Energiewet (internetconsulstatie), 17 december 2020, 95.
[163] Ibid, 95.
[164] Ibid, 95.
[165] Ibid, 95.

Verder laat de inkoop van flexibiliteitsdiensten ook toe dat de systeembeheerder hun taak inzake systeemverliezen kan uitvoeren waarbij flexibiliteitsdiensten kunnen worden ingekocht ter compensatie van de systeemverliezen die optreden in hun systemen.[166]

In het algemeen bevatten de Europese en Nederlandse ontwerp-Energiewetten geen specifieke regels over de wijze waarop deze diensten moeten worden ingekocht en gebruikt. Wel wordt expliciet benadrukt dat distributiesysteembeheerders dergelijke diensten moeten inkopen volgens transparante, niet-discriminerende en marktconforme procedures.[167] In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp wordt in dit verband uiteengezet dat het in beginsel gaat om een marktgebaseerde aankoop, waarbij de koopprijs in beginsel ongereguleerd is en vrijwillig wordt vastgesteld, maar waarvan kan worden afgeweken na ontheffing van de ACM indien dit economisch niet efficiënt wordt geacht of zou leiden tot ernstige marktverstoringen of meer fysieke congestie.[168] De inkoop van flexibiliteitsdiensten wordt geregeld in artikel 3.4.15 van de concept Energiewet.

Doordat distributiesysteembeheerders flexibiliteitsdiensten kunnen inkopen, kunnen zij beter inspelen op pieken en dalen in de behoefte aan transportcapaciteit en kan worden bespaard op het doen van dure investeringen in de elektriciteitsnetwerken. De ontwikkeling van de E-OV-Hub past ook bij deze ontwikkeling. Door de hub meer mogelijkheden te geven om de lokale energiegebruik en levering te optimaliseren, kunnen capaciteitsbeperkingen in het energienetwerk worden opgelost. In het kader van het bovenstaande is de realisatie van de E-OV-Hub dan ook een uitgelezen kans, aangezien het metrobedrijf hierdoor restcapaciteit kan aanbieden, hetgeen een flexibiliteitsdienst oplevert die door andere systeembeheerders kan worden ingekocht.

2.2.3.3. Integratie elektromobiliteit in het elektriciteitsnet

In principe mogen distributiesysteembeheerders op grond van de Elektriciteitsrichtlijn 2019/944 geen oplaadpunten voor elektrische voertuigen bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren.[169] Ook mogen zijn geen opslagfaciliteiten bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren[170]. De

[166] Ibid, 96.
[167] Ibid, 95.
[168] Ibid, 95; Art. 3.4.15, lid 5 en lid 6 concept Energiewet.
[169] Art. 33, lid 2 Richtlijn 2019/944.
[170] Art. 36(1) Richtlijn 2019/944.

richtlijn voorziet echter de mogelijkheid voor lidstaten om te voorzien in een uitzondering voor gesloten distributiesystemen.[171]

Op grond van de concept Energiewet en de bijhorende Memorie van Toelichting is het op dit moment niet volledig duidelijk of deze uitzondering geldt voor de gesloten distributiesystemen. Mocht dit niet het geval zijn, dan zou dit grote gevolgen hebben voor de realisatie van de E-OV-Hub. Het metrobedrijf zou dan namelijk niet in staat zijn om via zijn infrastructuur, met name de laadstations, aan te sluiten en zijn restcapaciteit en restenergie ter beschikking te stellen van de elektrische voertuigen van derden. Gelet op het belang van de ontwikkeling van de E-OV-Hub bij de integratie van duurzame energie en elektromobiliteit in het energiesysteem, wordt aanbevolen om de mogelijkheid voor het bezit, de ontwikkeling, beheer en exploitatie van laadpalen door de E-OV-Hub in de concept Energiewet mogelijk te maken.

Het wetsontwerp voorziet in een onderscheid tussen het regime van de distributiesysteembeheerder en het bijzondere regime van gesloten systemen, maar waar de Europese richtlijn uitgaat van een ruime interpretatie van ‘distributiesystemen’ waaronder gesloten distributiesystemen lijken te vallen, zou het Nederlandse wetsontwerp uitgaan van twee afzonderlijke systemen. Dit is naar voren gekomen uit de discussies die met de vertegenwoordigers van de RET en andere partijen zijn gevoerd. Dit onderscheid zou van belang zijn met betrekking tot het verbod op het in eigendom hebben, ontwikkelen, beheren of exploiteren van oplaadpunten voor elektrische voertuigen.

Zo zet de concept Energiewet het takenpakket uiteen voor de distributiesysteembeheerders en de infrastructuurgroepen. Taken die niet worden genoemd in de concept Energiewet mogen de systeembeheerders en de infrastructuurgroepen NIET verrichten. Gezien de gesloten systemen een apart systeem vormen, zou het verbod om andere taken te verrichten niet gelden voor de beheerders van een GDS. Het is om deze reden dat de wetgever het niet nodig acht dat de nieuwe Energiewet expliciet bepaalt dat beheerders van een GDS laadpalen mogen beheren en exploiteren. De formulering van de uitzonderingen voor de activiteiten van het GDS wijkt derhalve af van de formulering van de Europese richtlijn en de hierboven reeds uiteengezette jurisprudentie (cf. de ruime interpretatie van ‘distributiesystemen’ naar aanleiding van het arrest Citiworks). Dit kan verwarrend zijn. Gelet op het belang van de exploitatie van laadpalen voor het functioneren van de E-OV-Hub wordt aanbevolen dat de wetgever verduidelijkt dat beheerders van een GDS,

[171] Art. 38, lid 2 Richtlijn 2019/944.

in tegenstelling tot reguliere distributiesysteembeheerders, wel laadpalen (evenals opslagfaciliteiten) mogen aanleggen, beheren en exploiteren.

2.2.3.4. Tussenconclusie

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de E-OV Hub goed lijkt te passen binnen de doelstellingen van de Elektriciteitsrichtlijn. Waar al is aangehaald dat de hub past binnen de energietransitie, blijkt uit deze analyse dat de hub ook specifiek kan bijdragen aan het mechanisme waarbij de transmissie- of distributiebeheerder flexibiliteitsdiensten kan inkopen voor het zorgen van een optimaal systeembeheer en de integratie van elektromobiliteit. Dit maakt de E-OV-Hub een belangrijk initiatief.

Echter is er enigszins wat verwarring met betrekking tot het verbod op het bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren van oplaadpunten voor elektrische voertuigen. Hoewel het wetsvoorstel de intentie lijkt te hebben om dit toe te staan voor gesloten systemen, blijkt dit niet duidelijk uit het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Dit kan tot verwarring leiden, zeker wanneer het wetsvoorstel naast de Europese regelgeving wordt gelegd. Het verdient daarom aanbeveling dit expliciet in het wetsvoorstel op te nemen.

3. De Europese en Nederlandse Spoorwetgeving

Naast de Elektriciteitswetgeving is ook de Spoorwetgeving relevant voor de beoordeling van de vraag of het metrobedrijf aansluitingen mag aanbieden aan verwante bedrijven of derden. De meest relevante regels staan momenteel in de Spoorwegenwet, de Wet Lokaal Spoor, de Wet Personen Vervoer 2000 en de concept-Spoorwegen wet.[172]

De Europese spoorrichtlijnen zijn hier minder relevant, gezien deze maar beperkt van toepassing zijn (verklaard) op het personenvervoer per metro.[173] Dit blijkt ook uit het Nederlandse wetsvoorstel inzake de Spoorwegenet. Zo definieert Artikel 1.3., eerste lid, onderdeel f, de gebruiksfunctie F van spoorwegen als "*uitsluitend bestemd voor metro, tram of lightrail voertuigen die soms door zware spoorvoertuigen wordt gebruikt onder de operationele omstandigheden van die lightrailsystemen, als dat nodig is voor verbindingen voor uitsluitend die voertuigen*".[174] De memorie van toelichting verklaart nader dat voor spoorwegen met de gebruiksfunctie f de onderneming geen spoorwegonderneming in de zin van de Europese SERA richtlijn hoeft te zijn en geen vergunning dient te hebben.[175] Nederland heeft ervoor gekozen de mogelijke uitzonderingen voor lokale en regionale netwerken die zijn opgenomen in hoofdstuk III van de SERA-richtlijn betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen in de concept Spoorwegenwet op te nemen. Verder sluit de concept Spoorwegenwet ook uitdrukkelijk de toepassing van hoofdstuk IV uit, waardoor de regelgeving inzake vergoeding van gebruiksrechten en capaciteitsverdeling niet van toepassing is op spoorwegen met gebruiksfunctie f, en dus niet van belang is voor het metrobedrijf.[176]

In het geval van de creatie van een E-OV-Hub door het metrobedrijf moet dus vooral naar de nationale regels worden gekeken. Het metrovervoer wordt voornamelijk geregeld door de Wet Lokaal Spoor. In de concept Spoorwegenwet worden de huidige Spoorwegenwet en de Wet Lokaal Spoor geïntegreerd in één wet. De huidige wetten zijn geordend naar de

[172] Zie voor een overzicht van de relevante richtlijnen ook de Memorie van Toelichting wetsvoorstel Spoorwegenwet (consultatieversie), 9-10.
[173] MvT wetsvoorstel Spoorwegenwet (consultatieversie), 21; Zie bijvoorbeeld art. 2(1) Richtlijn 2012/34/EU: Hoofdstuk II is niet van toepassing op spoorwegondernemingen die enkel stads-, voorstads- of regionale spoorvervoersdiensten exploiteren op lokale en regionale op zichzelf staande netten voor vervoersdiensten op spoorweginfrastructuur of op netten die slechts voor de exploitatie van spoorvervoersdiensten in de stad of de voorstad zijn bestemd. Zie ook art. 2(2) en (3) Richtlijn 2012/34/EU, mogelijk tot uitsluiting III (vergunningen aan spoorwegondernemingen) en IV voor lokale en regionale, op zichzelf staande netten voor vervoersdiensten voor passagiers op spoorweginfrastructuur.
[174] MvT wetsvoorstel Spoorwegenwet (consultatieversie), 23
[175] Ibid. 34.
[176] Ibid, 33.

verantwoordelijkheid voor de spoorwegen (governance) en niet naar het gebruik van de spoorwegen of netwerken.[177] In de concept Spoorwegwet is sprake van een herstructurering waarbij op grond van een analyse van de geldende Europese richtlijnen acht wettelijke regimes zijn uitgewerkt voor verschillende gebruiksfuncties van spoorwegen. Deze regimes staan los van de governance. Dat betekent dat niet de zeggenschap over het spoor het regime op het spoor bepaalt, maar de aard van het gebruik van het spoor (rijksspoorwegen, lokale spoorweg infrastructuur en private spoorwegen).[178]

De concept Spoorwegenwet en de Wet lokaal Spoor bevatten vergelijkbare nationale regels inzake toegang tot het spoor die gelden voor spoorwegen met gebruiksfunctie f. Bij spoorwegen met gebruiksfunctie f zijn de beheerder van de infrastructuur en de vervoerder, zoals ook bij RET het geval is, vaak in één organisatie ondergebracht. De toegang tot het spoor moet daarom transparant en non-discriminatoir worden geregeld.[179] Daartoe bevat afdeling 2.6 van de concept Spoorwegenwet regels inzake toegang tot de niet door EU gereguleerde spoorweginfrastructuur. Dit heeft voornamelijk betrekking op het regelen van toegang tot de infrastructuur aan een vervoerder en het opstellen van een toegangsovereenkomst met deze vervoerder over de spoorweginfrastructuur.[180]

Voor het overige bevat de Spoorwegenwet geen belemmering voor de infrabeheerder om andere activiteiten, zoals het leveren van aansluitingen, aan aanverwante bedrijven of aan derden aan te bieden.

De andere wet die relevant is voor de nevenactiveiten van de RET, is de Wet Personenvervoer 2000. De Wp2000 gaat over het vervoer van personen en beoogt onder meer de kwaliteit van het openbaar vervoer te verbeteren en de kostprijs van het openbaar vervoer te verlagen. De Wp2000 bevat regels over marktregulering van het spoor. De concessie voor de verlening van personenvervoer via de metro wordt op grond van de Wp2000 verleend. Op basis van een analyse van de bepalingen van de Wp2000, kan worden vastgesteld dat de wet geen belemmeringen bevat voor vervoersbedrijven om nevenactiviteiten te verrichten. Wel bevat artikel 63c een voorwaarde voor openbaar vervoersbedrijven die via een inbesteding een vervoersconcessie hebben gekregen. Het vervoersbedrijf moet een gescheiden boekhouding voeren voor het verrichten van het openbaar vervoer waarvoor die concessie is verleend ten

[177] MvT wetsvoorstel Spoorwegenwet (consultatieversie), 18.
[178] Ibid, 5.
[179] Ibid, 40.
[180] Ibid, 40.

opzichte van andere activiteiten die binnen die groep/organisatie worden verricht. De boekhouding en de administratie zijn zodanig vormgegeven dat[181],

1) de registratie van de lasten en baten van de verschillende activiteiten gescheiden zijn;

2) alle lasten en baten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct worden toegerekend;

3) de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de administratie wordt gevoerd, duidelijk zijn vastgelegd.

De eis van een afzonderlijke boekhouding beoogt te voorkomen dat de inkomsten uit de (gesubsidieerde) activiteiten voor het openbaar vervoer worden gebruikt om andere commerciële activiteiten aan te bieden op, waardoor de concurrentie ten opzichte van derden wordt belemmerd.

Bovengenoemde bepalingen lijken leveren van laadpalen en laaddiensten door het metrobedrijf aan aanverwante bedrijven en derden niet tegen te gaan. Wel gelden eisen inzake boekhoudkundige scheiding met betrekking tot de verschillende activiteiten van de concessiehouder en moet rekening worden gehouden met de beginselen van het mededingingsrecht.

[181] Artikel 63 c, lid 4 en 5 Wet personenvervoer 2000 (Wp2000).

4. Mededingingsrecht

Zoals hierboven reeds aangegeven dient ook aandacht te worden gehecht aan de bepalingen van het mededingingsrecht. De sectorspecifieke bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 zijn erop gericht misbruik van machtspositie door de systeembeheerders te voorkomen. Zij geven een specifieke invulling aan het verbod van misbruik van machtspositie voor de distributiesysteembeheerders. Daar deze sectorspecifieke bepalingen maar deels van toepassing zijn op beheerders van een GDS, moet worden teruggevallen op de algemene bepalingen van het mededingingsrecht om te zien welke verantwoordelijkheden en verplichtingen gelden voor de beheerders van een GDS.

4.1. Achtergrond van het verbod van misbruik van machtspositie

Hoewel de sectorspecifieke regels voor de regulering van de netwerktoegang niet volledig van toepassing kunnen zijn op de beheerder van een GDS, moet deze beheerder wel rekening houden met de beginselen van het Europees en nationaal mededingingsrecht.

Artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Artikel 24 Mw is gebaseerd op artikel 102 van het VWEU, dat luidt:

> *“Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.*
>
> *Dit misbruik kan met name bestaan in:*
>
> *a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*
>
> *b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;*
>
> *c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;*
>
> *d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of*

volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten."

Bij de uitleg en toepassing van artikel 24 Mw zijn de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de besluiten van de Europese Commissie inzake de toepassing van artikel 102 VWEU richtinggevend.[182] Het verbod van misbruik van machtspositie geldt wanneer er 1) sprake is van een onderneming; 2) het gaat om een machtspositie; 3) hier misbruik van wordt gemaakt, en 4) het gedrag niet kan worden gerechtvaardigd op basis van een objectieve rechtvaardiging.[183]

Voor de toepassing van artikel 102 VWEU geldt ook nog de eis, dat de tussenstaatse handel merkbaar kan worden beïnvloed.[184] Van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel kan enkel sprake zijn wanneer een gedraging direct of indirect, daadwerkelijk of potentieel de handel tussen de Lidstaten beïnvloedt. Hiervan is sprake indien op grond van een geheel van objectieve feitelijke en juridische omstandigheden met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te verwachten is dat het betrokken gedrag al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen tussen lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt tussen de lidstaten erdoor kan worden geschaad.[185] Dit vereiste wordt ruim geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.[186] Louter hypothetische of speculatieve effecten van het optreden van de onderneming die een machtspositie inneemt, voldoen niet aan dit criterium. Daarenboven mag de invloed op de handel tussen de lidstaten niet onbeduidend zijn.[187] Zo kan sprake zijn van een ongunstige beïnvloeding van de handel, als bijvoorbeeld buitenlandse transportbedrijven geen gebruik kunnen maken van laadpalen die worden beheerd door de RET en zij hierdoor worden belemmerd in het aanbieden van vervoersdiensten aan reizigers in Nederland.[188] Als de handel niet merkbaar ongunstig wordt beïnvloed, is enkel het Nederlandse mededingingsrecht van toepassing.

[182] Besluit van ACM inzake NS, 16.0691.31, 29 juni 2017.
[183] HvJ-EU, United Brand (27/76), 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22, randnummer 184.
[184] Artikel 102(1) VWEU.
[185] HvJ-EU, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio (C-49/07), 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376; HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577, blz. I-8089, punt 48.
[186] HvJ-EU, Établissements Consten S.à.R.L. en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de EEG (gevoegde zaken C-56 en 58-64), 13 juli 1966, ECLI:EU:C:1966:41.
[187] HvJEU, , Bagnasco e.a. (C-215/96 en C-216/96), 21 januari 1999, ECLI:EU:C:1999:12, I-135, punt 60; HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577.
[188] Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Publicatieblad Nr. C 101 van 27/04/2004 blz. 0081 - *0096.*

4.1.1. Onderneming

Een onderneming is volgens het Europees mededingingsrecht elke eenheid, die een economische activiteit uitoefent ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[189] Economische activiteiten omvatten het aanbieden van diensten of goederen op een markt.[190] Daarbij is van belang de vraag of activiteiten mogelijk in concurrentie kunnen worden verricht. Het aanbieden van personenvervoer per metro is een activiteit die op basis van een concessie wordt aangeboden aan reizigers door het vervoersbedrijf van RET. De RET staat hiermee in concurrentie met andere vervoersmodaliteiten zoals de trams, de bus en de taxi. In de toekomst is het niet uitgesloten dat derden mee gaan dingen naar de concessie. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het aanbieden van personenvervoer per metro als economische activiteit kan worden beschouwd en de RET als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden gezien.

4.1.2. Machtspositie

Volgens vaste jurisprudentie heeft een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU betrekking op een economische positie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen.[191] Zeer hoge marktaandelen (bv 50% of hoger), bijzondere omstandigheden daargelaten, leveren een belangrijke indicatie voor een machtspositie op. Voor de vaststelling van de vraag of een onderneming over een machtspositie beschikt, moet worden vastgesteld wat de relevante markt is waarop de onderneming opereert, wat het marktaandeel is van de betrokken onderneming en haar concurrenten en moet een marktanalyse worden gemaakt. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat verschillende factoren een rol kunnen spelen bij het vaststellen van een machtspositie, zoals de marktaandelen van concurrenten, schaalvoordelen, netwerkeffecten, uitgebreid productassortiment, uitgebreid logistiek netwerk, technologische voorsprong, verticale integratie, toegang tot kapitaal en financiële armslag[192].

[189] HvJ-EU, Klaus Höfner en Fritz Elser tegen Macrotron GmbH, verzoek om een prejudiciële beslissing: Oberlandesgericht München (zaak C-41/90), 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161.
[190] H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, “Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht”, (2019), *Europa Law Publishing*, 124-125.
[191] HvJ-EU, United Brand (27/76), 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22, randnummer 65; HvJ-EU, Hofmann-La Roche (C-85/76), 13 februari 1979, ECLI:EU:C:1976:26, randnummer 38.
[192] H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, “Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht”, (2019), *Europa Law Publishing*.

Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt verder ook dat, voor ondernemingen waaraan uitsluitende (exclusieve rechten) zijn toegekend in de zin van artikel 106, lid 1 VWEU, een vermoeden geldt dat zij een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU en 24 Mw hebben bij de uitoefening van het alleenrecht.[193] Deze jurisprudentie is ook door de ACM overgenomen.[194]

Voor de toepassing van artikel 102 VWEU moet het gaan om een machtspositie op een wezenlijk deel van de interne markt.[195] Dit kan gaan om het gehele grondgebied van een Lidstaat, maar ook een haven en luchthaven zijn eerder aangemerkt als wezenlijk deel van de interne markt.[196] Een metrobedrijf kan overigens wel een machtspositie hebben, ook al is het bedrijf gereguleerd en verbonden aan concessievoorwaarden.[197]

Voorts moet worden nagegaan of een economische machtspositie in de praktijk ook daadwerkelijk bestaat, door vast te stellen wat de mate is waarin een onderneming zelfstandig haar marktgedrag kan bepalen, zonder zich daarbij te laten leiden door hoe (potentiële) concurrenten of andere relevante partijen, zoals afnemers, leveranciers en eindgebruikers zich gedragen.[198] Hoewel sprake kan zijn van een alleenrecht tot de uitoefening van een concessie, hoeft dit nog niet te betekenen dat deze bedrijven geen concurrentie ondervinden en een machtspositie hebben bij het verwerven van de concessie.[199] Hoewel de vraag naar concurrentie op de markt relevant is, is deze niet beslissend voor het antwoord op de vraag naar het bestaan van een machtspositie. Het is overigens ook mogelijk dat het misbruik op een andere markt plaatsvindt dan die waarop de betrokken onderneming dominant is.[200] Aangezien het hier gaat om een metrobedrijf (vervoersbedrijf) dat een energieaansluiting wil realiseren voor de laadpalen van de gemeente en ook energie wil leveren aan de gemeente en aan derden (vervoersbedrijf dat zich gedraagt als een energiebedrijf), moet rekening worden gehouden met de invloed van de machtspositie van de ene markt op de andere.

Omdat het railbedrijf een exclusief recht heeft voor de exploitatie van het spoor en het verbonden net en het vervoersbedrijf een exclusieve concessie heeft, bestaat dus een vermoeden dat het

[193] HvJEU, Corsica Ferries (C-18/93), 17 mei 1994, ECLI:EU:C;1994:195, randnummer 40.
[194] ACM, Besluit met betrekking tot de gedragingen van NS inzake openbaarvervoerconcessie in Limburg, nr. 16.0691.31, randnummer 78.
[195] Art. 102(1) VWEU.
[196] H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, “Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht”, (2019), *Europa Law Publishing*, 129.
[197] Besluit van ACM inzake NS, 16.0691.31, 29 juni 2017.
[198] Zie Rechtbank Rotterdam, NS t. ACM, 27 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5089, randnummer 8.2.
[199] CBb, NS t. ACM, 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560.
[200] HvJ EG, Tetra Pak II (C-333/94), 14 november 1996, ECLI:EU:C:1996:436, randnummer 21-32.

metrobedrijf over een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw beschikt op de markt voor het aanbieden van metrodiensten op basis van de concessie. Dit vermoeden kan worden weerlegd als er factoren zijn die indiceren dat het bedrijf zich niet onafhankelijk van zijn afnemers kan gedragen, bijvoorbeeld omdat er voldoende concurrerende transportmodaliteiten zijn.

Het is niet duidelijk of het railbedrijf een machtspositie heeft op de aanpalende markt voor het aanbieden van aansluitingen en het realiseren van laadpunten. Het kan wel zijn dat de locatie waar het metrobedrijf de laadpalen realiseert zo gelegen is dat dit voor andere vervoersbedrijven een noodzakelijke locatie is van het laden voor hun voertuigen en dat geen andere realistische alternatieven in buurt zijn, bijvoorbeeld wegens een tekort aan netwerkcapaciteit of wegens gebrek aan parkeerruimte. De marktpositie van het railbedrijf op de markt voor de aansluiting en realisatie van laadpunten moet met een nader marktonderzoek in kaart worden gebracht. Daarbij moet tevens worden opgemerkt, dat derde ondernemingen die een aansluiting (voor een laadpunt) hebben gerealiseerd op het metronetwerk, niet zomaar overstappen naar een ander netwerk wegens overstapkosten. Dit verschaft het metrobedrijf potentieel een sterke, en wellicht een onafhankelijke, positie ten opzichte van eventuele derden die een laadpunt hebben gerealiseerd op het netwerk van het metrobedrijf.

4.1.3.Verbod om misbruik van machtspositie te maken

Voor de Lidstaten geldt op basis van artikel 106, lid 1 VWEU in samenhang met artikel 102 WVE ook een verbod om bij de toekenning van een exclusief recht, waarbij een machtspositie wordt gecreëerd, een situatie te creëren, waarbij de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende bijzondere of uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.[201] Van het laatste geval is sprake, indien een onderneming met een exclusief recht, de ruimte krijgen van de wetgever om de voorwaarden te bepalen in hoeverre concurrenten op aanpalende markten kunnen toetreden.[202] De Lidstaten mogen op grond van artikel 106, lid 2 VWEU (diensten van algemeen belang) ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, uitsluitende rechten

[201] HvJ-EU, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio (C-49/07), 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376; HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577, blz. I-8089, punt 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.
[202] H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, “Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht”, (2019), *Europa Law Publishing*, 306.

verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag kunnen belemmeren, voor zover beperkingen van de mededinging, of zelfs de uitsluiting van elke mededinging, door andere marktdeelnemers noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de houders van de uitsluitende rechten de hun opgedragen bijzondere taak kunnen vervullen.[203]

Het hebben van een machtspositie is niet verboden. Ondernemingen met een machtspositie hebben wel een bijzondere verantwoordelijkheid om geen misbruik van hun machtspositie te maken.[204] Ondernemingen met een exclusief recht in de zin van 106, lid 1 VWEU, zoals de RET, die daarmee de assumptie van een machtspositie hebben, hebben de bijzondere verantwoordelijkheid om de machtspositie op de ene markt niet over te hevelen naar een aanpalende markt, door concurrenten op deze aanpalende markt uit te sluiten zonder objectieve rechtvaardiging.[205] De RET zou bijvoorbeeld niet de inkomsten uit de vervoersconcessie mogen aanwenden om op de aanpalende markt voor hele lage prijzen laaddiensten aan te bieden aan derden, waardoor concurrenten uit de markt worden geduwd (onrechtmatige kruissubsidie).

Daarnaast mogen ondernemingen met een machtspositie geen te hoge tarieven maar ook geen te lage tarieven in rekening brengen bij de afnemers. Van te hoge tarieven is sprake wanneer ze niet redelijk zijn in verhouding tot de economische waarde van het product. Deze economische waarde hangt af van de kostprijs voor de productie van het product en de prijzen voor vergelijkbare producten.[206]

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan het buitensporige karakter van een prijs onder meer objectief worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de winstmarge aan te tonen.[207] Het gaat daarbij om de vraag of er een al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs en zo ja, of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in

[203] HvJ-EU, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio (C-49/07), 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376; HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577, blz. I-8089, randnummer 4; HvJ EU, Corbeau (C-320/91), 19 mei 1993, ECLI:EU:C:1993:198, blz. I-2533, randnummer 14.
[204] HvJ-EU, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio (C-49/07), 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376; HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577, blz. I-8089, randnummer 44 ; HvJEU, Post Denmark 1 (C-209/10), 27 maart 2012 ECLI:EU:C;2012:172, randnummer 23.
[205] HvJ-EU, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) t. Elliniko Dimosio (C-49/07), 1 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:376, HvJ-EU, Ambulanz Glöckner (C-475/99), 25 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:577, blz. I-8089, randnummer 49.
[206] HvJ-EU, United Brand (27/76), 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22, randnummer 250-254.
[207] Ibid, 251.

vergelijking met concurrerende producten.[208] Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is sprake van te lage tarieven wanneer sprake is van:[209]

> "*1) Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten liggen (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert, te weten haar totale vaste kosten (dat wil zeggen de kosten die constant blijven ongeacht de geproduceerde hoeveelheden) en ten minste een gedeelte van de variabele kosten van de geproduceerde eenheid.*
>
> *2) Bovendien moeten prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten - dat wil zeggen de vaste plus de variabele kosten -, doch boven de gemiddelde variabele kosten liggen, als onrechtmatig worden beschouwd, wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen. Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden.*"

Uit het voorgaande blijkt dat de tarieven van een dominante onderneming in een redelijke verhouding tot de kosten moeten staan, maar het is niet direct duidelijk wat onder redelijk moet worden verstaan en op welke wijze de kosten moeten worden vastgesteld en toegerekend aan de verschillende diensten en producten. Voor een dominante onderneming is het in ieder geval van belang dat door middel van een transparante boekhouding en door middel van de toepassing van transparante en objectieve beginselen voor kostprijsadministratie wordt aangetoond dat de tarieven in een redelijke verhouding staan tot de kosten.

Voor ondernemingen met exclusieve rechten, zoals het metrobedrijf, bevat de Mededingingswet nog specifieke voorschriften in artikel 25a en verder. Deze voorschriften dienen ter uitvoering van richtlijn nr. 2006/111/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 16

[208] HvJ-EU, United Brand (27/76), 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22, randnummer 252.
[209] HvJ-EU, AKZO CHEMIE t. Commissie (C-62/86), 3 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:286, blz. I-03359, randnummer *71 en 72.*

november 2006 (PbEG L 318) betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen.

Ondernemingen waaraan overeenkomstig artikel 106, eerste lid, VWEU een bijzonder of uitsluitend recht is verleend of die overeenkomstig artikel 106, tweede lid, van het Verdrag met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn belast en met betrekking tot deze dienst in enigerlei vorm compensatie ontvangen, en die verschillende activiteiten uitvoeren, houden een zodanige administratie bij dat:

a. de registratie van de lasten en baten van de verschillende activiteiten gescheiden zijn;

b. alle lasten en baten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct worden toegerekend;

c. de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de administratie wordt gevoerd, duidelijk zijn vastgelegd.

Deze boekhoudkundige voorschriften gelden ook al voor het metrobedrijf via de Wp2000.

4.2. Tussenconclusie

Vastgesteld kan worden dat een weerlegbaar vermoeden bestaat dat het metrobedrijf een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU / artikel 24 Mw heeft op de markt voor het aanbieden van metro vervoersdiensten. Of daadwerkelijk sprake is van een machtspositie moet nader worden vastgesteld in een marktonderzoek, waarbij ook de concurrentie van de metro ten opzichte van andere transportmodaliteiten en vervoersaanbieders moet worden vastgesteld. Het is niet duidelijk of ook sprake is van een machtspositie voor het aanbieden van aansluitingen en het realiseren van laadpunten ten behoeve van derden, hetgeen in een diepgaander marktonderzoek moet worden onderzocht. Voor zover sprake is van een machtspositie bij het aanbieden van diensten op basis van de concessie en aanpalende diensten moet het metrobedrijf waarborgen dat zijn tarieven in een redelijke verhouding staan tot de kosten. De tarieven mogen niet buitensporig hoog maar ook niet te laag zijn. Het aanbieden van diensten op aanpalende markten die niet onder de concessie vallen mogen niet worden gesubsidieerd met inkomsten/subsidies voor diensten die onder de concessie vallen. Door het voeren van een transparante en gescheiden boekhouding voor de verschillende activiteiten en door de toepassing van transparante en objectieve beginselen voor kostprijsadministratie in lijn met de eisen van de

Wp2000, kan het metrobedrijf aantonen dat de tarieven voor het aanbieden van de verschillende diensten in lijn zijn met de eisen van het mededingingsrecht.

5. Conclusie rapport

Dit rapport bevat een verkennende en beschrijvende juridische analyse van de juridischerandvoorwaarden die relevant zijn voor de realisatie van de E-OV Hub. Daartoe is in het bijzonder gekeken naar de volgende drie rechtsgebieden: Europees en nationaal energierecht, Europese en nationale wetgeving voor de regulering van het vervoer per spoor en het Europees en nationaal mededingingsrecht

De analyse maakte duidelijk dat, binnen het kader van de energiewetgeving, het elektriciteitsnet van de E-OV Hub hoogstwaarschijnlijk een net zal vormen. Daarbij zal het in het voordeel van de hub zijn om het net te laten kwalificeren als een Gesloten Distributie Systeem (GDS) en een ontheffing aan te vragen bij de ACM. Het net van de E-OV Hub lijkt hiervoor ook te voldoen aan de criteria van een GDS en het ontheffingsverzoek zou mogelijk zowel op de a-grond (i.e. technische en veiligheidsredenen) als op de b-grond (i.e. de primaire levering van energie aan eigen en aanverwante bedrijven) kunnen worden ingediend.

Als gevolg van de ontheffing zal het mogelijk zijn het net zelf te beheren en zal het niet nodig zijn een systeembeheerder aan te wijzen. Ook zal een reeks (Europese en nationale) verplichtingen en taken die gelden voor de systeembeheerder van de openbare netten, niet van toepassing zijn op de GDS-beheerder. De taken en verplichtingen waaraan de GDS-beheerder moet voldoen, worden in dit rapport uiteengezet en komen ook terug in de concept Energiewet. Tijdens de analyse is duidelijk geworden dat, overeenkomstig het Europees recht, de derdentoegang, de vrije keuze van een leverancier en de universele dienstverplichting (i.e. een recht tot aansluiting voor kleine afnemers) wel degelijk van toepassing zijn op het GDS. Weliswaar is het hier van belang op te merken dat de wetgeving (en voornamelijk de concept Energiewet) hiervoor een reeks uitzonderingen voorop zetten die de aansluittaak en de transporttaak van het GDS enigszins beperkt. Zo kan het GDS inroepen dat de aansluiting niet mogelijk is op grond van (a) technische of veiligheidsredenen, (b) de vaststelling dat de verzoeker niet tot de groep van het GDS behoort of (c) wanneer er onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is. Ook kan een verzoek tot transport worden geweigerd wegens een capaciteitsgebrek.

Wel blijven enkel onduidelijkheden in de concept Energiewet bestaan met betrekking tot de vrije keuze voor een leverancier en de universele dienstverplichting. Zo kan de gewone distributiesysteembeheerder de uitzondering inzake capaciteitstekort niet inroepen bij een verzoek tot aansluiting ten aanzien van huishoudelijke afnemers en micro-ondernemingen (i.e.

de universele dienstverlening). Met betrekking tot het GDS is niet duidelijk of en hoe verplichtingen gelden op grond van het recht op universele dienstverlening. De motiveringsverplichting van de GDS-beheerder bij een weigering om afnemers aan te sluiten of transport uit te voeren is evenmin duidelijk. De mogelijke inperking van de reikwijdte van de leveranciersvrijheid voor de afnemers op het GDS is eveneens onduidelijk. De bedoeling van de E-OV-Hub is juist om de resterende energie en capaciteit op een optimale wijze te gebruiken in de E-OV-Hub. De toevoeging van andere leveranciers zou de grondgedachte achter de hub kunnen ondermijnen en is derhalve niet wenselijk. Verdere verduidelijking lijkt daarom nodig. Bij de verdere uitwerking en het functioneren van de E-0V-Hub is het dan ook aan te raden te evalueren in hoeverre de voorgestelde bepalingen voldoende ruimte laten aan de E-OV-Hub om de toegang van leveranciers tot het net te beperken in het belang van de E-OV-Hub en of nog aanvullende maatregelen zijn vereist, bijvoorbeeld in het belang van de waarborging van openbare dienstverplichtingen en in het belang van de universele dienstverplichting.

Bovendien blijkt uit de analyse dat de E-OV Hub ook past binnen de doelstellingen van het Europese energiebeleid, omdat de hub bijdraagt aan het leveren van flexibiliteitsdiensten en de integratie van elektromobiliteit in het elektriciteitsnet. Uit het wetsontwerp blijkt echter niet helemaal duidelijk dat het Europese verbod op het bezit, de ontwikkeling, het beheer of de exploitatie van oplaadpunten voor elektrische voertuigen voor distributiesystemen niet van toepassing is op de Gesloten Distributiesystemen. Daarom wordt de aanbeveling aan de nationale wetgever gedaan om de uitzonderingsmogelijkheid van de Europese wetgever voor het GDS expliciet over te nemen in de concept Energiewet.

Op grond van de geldende Europese en nationale Spoorwetgeving lijkt er weinig tot geen belemmering te zijn voor de ontwikkeling van de E-OV-Hub. Wel is het belangrijk om in acht te nemen dat het vervoersbedrijf een gescheiden boekhouding moet voeren voor het verrichten van het openbaar vervoer waarvoor die concessie is verleend ten opzichte van andere activiteiten die binnen die groep/organisatie worden verricht. Ook moet een transparante kostprijsadministratie worden gevoerd, waarbij objectieve en transparante beginselen voor kostprijsadministratie worden toegepast.

In ieder geval zal moeten worden nagegaan wat de aan de vervoersmaatschappij verleende concessies precies inhouden. Het is mogelijk dat hier contractuele beperkingen zijn opgelegd. Deze concessies konden bij deze analyse echter niet worden ingekeken.

Uit de analyse van het mededingingsrecht blijkt dat het aannemelijk is dat het metrobedrijf een machtspositie heeft in de zin van artikel 102 VWEU / artikel 24 Mw op de markt voor het aanbieden van metrovervoerdiensten. Het is niet onmiddellijk duidelijk of er ook een machtspositie bestaat voor de levering van aansluitingen en de realisatie van oplaadpunten voor derden. Beide kwesties moeten worden opgehelderd door een diepgaander marktonderzoek. Als er inderdaad sprake is van een machtspositie, dan moet de RET rekening houden met de regels voor het bijhouden van een administratie en het waarborgen van eerlijke tarieven op basis van het mededingingsrecht.

6. Overzicht aanbevelingen

De aanbevelingen ten aanzien van de **RET** zijn als volgt:

A. Het elektriciteitsnet van de E-OV-Hub zal worden gekwalificeerd worden als een net in de zin van artikel 1, lid 1, onderdeel i van de Elektriciteitswet 1998 en kan daarbij het beste worden gekwalificeerd als Gesloten Distributie Systeem (GDS);

B. Het indienen van een ontheffingsvraag bij de ACM op beide ontheffingsgronden;

C. Nagaan bij de ACM wie de ontheffing moet aanvragen: het gaat erom of de RET, als economisch eigenaar van de E-OV-Hub, zelf de ontheffing kan aanvragen, of dat dit de gemeente moet zijn die het juridisch eigendom heeft. De voorkeur wordt hier gegeven aan de juridische eigenaar, maar hiervan kan worden afgeweken;

D. Het houden van een mededingingsrechtelijk marktonderzoek om na te gaan of het metrobedrijf een machtspositie heeft, en op welke markt zij deze machtspositie heeft: dit zal toelaten het mededingingsrechtelijke kader en gevolgen verder uiteen te zetten;

E. De concessies verleend aan het metrobedrijf nagaan;

F. Het RET dient als organisatie aan verschillende regels te voldoen, waaronder regels inzake een gescheiden administratie en het zorgen voor een transparante en objectieve toerekening van kosten aan prijzen.

De aanbevelingen ten aanzien van **MRDH en RET** zijn als volgt:

A. Het is aan te raden om de nevenactiviteiten ook in de concessie over te nemen indien de concessie de realisatie van de E-OV-Hub zou beperken.

De aanbevelingen aan de **Gemeente Rotterdam** zijn als volgt:

A. Nagaan of het wenselijk is om de gemeente, in plaats van het RET zelf, als verzoeker van de ontheffing te laten optreden.

De aanbeveling ten aanzien van de **Nederlandse wetgever** zijn als volgt:

A. Het verduidelijken van de bepalingen inzake de aansluit- en transporttaak (derdentoegang), en de universele dienstverplichting voor een GDS

a. Het verduidelijken van de motiveringsverplichtingen van de GDS-beheerder bij weigering van een aansluiting en het uitvoeren van transport

b. Het vermelden van de verplichtingen die voortvloeien uit het recht op universele dienstverlening voor het GDS ten aanzien van huishoudens en micro-ondernemingen die op het GDS zijn aangesloten of in de toekomst zullen worden aangesloten

c. Beoordeling van de mate waarin de uitzonderingen waarop de GDS-beheerder zich met betrekking tot zijn aansluittaak kan beroepen, in lijn zijn met de plicht voor de wetgever om de universele dienstverlening te eerbiedigen

B. Het expliciet opnemen van de uitzonderingsgrond inzake het verbod op het bezit, de ontwikkeling, het beheer of de exploitatie van oplaadpunten voor elektrische voertuigen

C. Verder evalueren in hoeverre de voorgestelde bepalingen de E-OV Hub voldoende ruimte laten om de toegang van derden en vrij leverancierkeuze in het belang van de E-OV Hub te beperken en of aanvullende maatregelen nodig zijn, bijvoorbeeld om openbaredienstverplichtingen te waarborgen

De aanbevelingen ten aanzien van de **Europese wetgever** zin als volgt:

A. Het verduidelijken van de universele dienstverplichting (of het recht op aansluiting voor bepaalde afnemers) voor een GDS

B. Verduidelijking in welke mate de inperking van derdentoegang voor het GDS, een invloed kan hebben op de leveranciersvrijheid voor aangeslotenen op een GDS.

C. Verder evalueren in hoeverre de voorgestelde bepalingen de E-OV Hub voldoende ruimte laten om de toegang van derden en vrije leverancierskeuze in het belang van de E-OV Hub te beperken en of aanvullende maatregelen nodig zijn, bijvoorbeeld om openbaredienstverplichtingen te waarborgen