

Advies

van de VREG 9/03/2023

met betrekking tot het ontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft netbeheer, energie-efficiëntie en milieuvriendelijke energieproductie

Inhoud

Inleiding	4
Algemene bespreking	5
1 Europeesrechtelijk kader: art. 31, lid 10, Vierde Elektriciteitsrichtlijn	5
2 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet? (art. 4 en 3)	6
3 Niet alle taken in Energiedecreet en -besluit zijn kerntaken – noodzakelijkheidstoets niet uitgevoerd.....	7
3.1 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet m.b.t. <i>de netbeheerders</i> ?	8
3.2 Wat zegt de memorie van toelichting hierover?.....	8
3.3 Ons oordeel: onjuiste interpretatie, dus foutieve omzetting van artikel 31, lid 10.....	9
3.4 Wat bepaalt de Elektriciteitsrichtlijn over ODV's als potentiële taak van netbeheerder? ..	10
3.4.1 De netbeheerder kan openbaredienstverplichtingen opgelegd krijgen	10
3.4.2 De netbeheerder kreeg effectief tal van ODV's opgelegd	11
3.4.3 Een openbaredienstverplichting, opgelegd aan netbeheerder, moet de noodzakelijkheidstoets van de regulator doorstaan	11
3.5 Participaties zijn ook activiteiten, en dus enkel mogelijk indien noodzakelijk	12
3.6 Conclusie: Energiedecreet en -besluit in strijd met Elektriciteitsrichtlijn	13
4 Wat geldt voor netbeheerder, geldt ook voor zijn werkmaatschappij	14
4.1 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet m.b.t. <i>de werkmaatschappij</i>	14
4.2 Analyse van de aanpak van het Ontwerpdecreet	14
4.3 Ons oordeel: Fluvius System Operator moet zelfde regels volgen als netbeheerder.....	14
4.3.1 Fluvius System Operator als verlengstuk van de distributienetbeheerders	14
4.3.2 Regels voor netbeheerder gelden ook voor haar verlengstuk/gemandateerde	15
4.3.3 Ontwerpdecreet trekt regels die gelden voor de (distributie)netbeheerder níét door naar Fluvius System Operator	17
4.4 Conclusie: Ontwerpdecreet manifest in strijd met Vierde Elektriciteitsrichtlijn	17
5 Belang van de beperking tot kerntaken	18
5.1 Beperking tot kerntaken: vermijden van kruissubsidiëring	18
5.2 De netbeheerders staan voor grote uitdagingen.....	19
5.3 De distributienetbeheerders en/of hun werkmaatschappij hebben tal van andere activiteiten	20

5.4	Blik op het aandeel van de huidige ‘andere activiteiten’ van de distributienetbeheerders, en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator, naast de ‘kerntaken’	22
5.5	Implicaties van andere activiteiten op de distributienetbeheerder (en/of werkmaatschappij)	25
5.6	Conclusie	26
6	Welke aanpak voor omzetting art. 31, lid 10 - o.m. kerntakendebat	27
6.1	Stappenplan.....	27
6.2	Wat met toegelaten activiteiten?	29
6.3	Wat met niet-toegelaten activiteiten?	30
7	Structuur van netbeheerder Elia Transmission Belgium.....	31
7.1	Het Elia-model: de nieuwe structuur van Elia sinds 2020	31
7.2	De redenen voor de herstructurering van Elia	33
7.3	Conclusie	34
	Artikelsgewijze bespreking	34
	Artikel 3	34
	Artikel 4	35

Inleiding

De VREG ontving op 7 februari 2023 de vraag van de Vlaamse minister, bevoegd voor het energiebeleid, om binnen een termijn van 30 dagen een advies te verlenen bij het ontwerpdecreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft netbeheer, energie-efficiëntie en milieuvriendelijke energieproductie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 3 februari 2023 (hierna “Ontwerpdecreet”).

Het Ontwerpdecreet bevat onder meer volgende - voor de werking van de VREG relevante - bepalingen:

- Wijzigingen m.b.t. de activiteiten van de netbeheerder (art. 3 en 4 Ontwerpdecreet):
 - o De uitfasering van de mogelijkheid voor netbeheerders om energiediensten aan te bieden aan aandeelhouders/vennoten (in lijn met de Vierde Elektriciteitsrichtlijn);
 - o De opheffing van de mogelijke samenwerking met het Vlaams Energiebedrijf met het oog op het aanbieden van energiediensten;
 - o Een wijziging in de wijze van het bepalen van de activiteiten die netbeheerders kunnen verrichten zonder dat daarvoor een noodzakelijkheidstoets door de regulator vereist is (verwijzen naar het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten).
- Afschaffing van de begrenzing van de aansluitingskost bij nieuwe aardgasansluitingen bij bestaande wooneenheden of gebouwen, vanaf 1 januari 2025 (art. 5 Ontwerpdecreet);
- Wijzigingen in de regulering van directe lijnen (art. 11 en 12 Ontwerpdecreet):
 - o De regeling inzake de toelating tot het aanleggen van een directe lijn of een directe leiding die de grenzen van de eigen site overschrijdt, wordt aangevuld met een regeling inzake het verval en de opheffing van deze toelating;
 - o Aan de beheerder van een directe lijn of een directe leiding worden bijkomende meldings- en informatieverplichtingen opgelegd.
- Wijzigingen in de regulering van gesloten distributienetten (art. 13 Ontwerpdecreet)
 - o Wijziging van de voorwaarde voor ontheffing van bepaalde taken en verplichtingen (zodat enkel gemelde of door de VREG toegelaten gesloten distributienetten ervoor in aanmerking komen);
 - o Invoering van mogelijkheid tot ontheffing van bepaalde taken en verplichtingen voor beheerders van een gesloten distributienet voor aardgas.
- De inspectiebevoegdheid van de VREG op het vlak van toegang tot gebouwen wordt uitgebreid (art. 22 Ontwerpdecreet).

De VREG heeft enkel bedenkingen bij de inhoud van de artikelen 3 en 4 van het Ontwerpdecreet en zal zich in dit advies dus enkel hierop focussen. Onder de titel ‘Algemene bespreking’ zetten we onze analyse van artikel 4 van het Ontwerpdecreet uiteen. Onder de titel ‘Artikelsgewijze bespreking’ zetten we kort uiteen wat de bedenkingen zijn bij zowel artikel 3 als artikel 4. De opmerkingen bij artikel 4 in deze titel betreffen als het ware een samenvatting van wat in de eerste titel uitgebreid uiteengezet wordt.

Algemene bespreking

1 Europeesrechtelijk kader: art. 31, lid 10, Vierde Elektriciteitsrichtlijn

De wijzigingen m.b.t. de activiteiten van de netbeheerder, voorwerp van het Ontwerpdecreet, volgen uit de Europese regelgeving. De Vierde Elektriciteitsrichtlijn¹ (EU 2019/944) bevat bepalingen die de mogelijke activiteiten van de netbeheerders sterk beperkt: naast hun **kernactiviteiten** in uitvoering van de Elektriciteitsrichtlijn en -verordening, mogen ze enkel activiteiten verrichten die nodig zijn om aan hun verplichtingen inzake kernactiviteiten te voldoen en mits de **noodzakelijkheid** ervan werd beoordeeld door de **regulator**. Dat doet geen afbreuk aan de mogelijkheid van de netbeheerders om **andere netten** te beheren, wanneer hun dat recht in intern recht werd toegekend.²

Dit is bepaald in **artikel 31, lid 10, van richtlijn (EU) 2019/944** (hierna: “Vierde Elektriciteitsrichtlijn”):

“Lidstaten of de door hen aangewezen bevoegde instanties kunnen distributiesysteembeheerders toestaan activiteiten te verrichten anders dan genoemd in deze richtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 indien deze activiteiten nodig zijn voor de distributiesysteembeheerders om aan hun verplichtingen krachtens deze richtlijn of Verordening (EU) 2019/943 te voldoen, mits de regulerende instantie tot de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld is (sic). Dit lid laat het recht van de distributiesysteembeheerder om netwerken die geen elektriciteitsnetwerken zijn te bezitten, te ontwikkelen, te beheren of te exploiteren onverlet, indien de lidstaat of de aangewezen bevoegde instantie een dergelijk recht heeft verleend.”

Een gelijkaardige bepaling, meer bepaald art. 40, lid 8 Vierde Elektriciteitsrichtlijn, geldt ook voor de transmissienetbeheerder.³ De verwijzing, in dit advies, naar art. 31, lid 10, geldt tevens als een verwijzing naar art. 40, lid 8.

Art. 31, lid 10 (en art. 40, lid 8) van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn bepaalt, in een notendop, het volgende:

¹ Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees 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 (herschikking)”, *Pb.L.* 14 juni 2019, afl. 158, 128.

² Deze verplichtingen zijn enkel van toepassing op de elektriciteitsdistributienetbeheerders. Er is (voorlopig) geen dergelijke bepaling met betrekking tot de taken van de aardgasdistributienetbeheerders, doch er is momenteel een traject tot herziening van de Aardgasrichtlijn lopende.

³ Dit artikel luidt als volgt “8. De lidstaten of de door hen aangewezen bevoegde instanties mogen transmissiesysteembeheerders toestaan andere taken uit te voeren dan die welke worden genoemd in deze richtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 indien die faciliteiten nodig zijn voor de nakoming door de transmissiesysteembeheerders van de krachtens deze richtlijn of Verordening (EU) 2019/943 op hen rustende verplichtingen, **mits de regulerende instantie de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld**. Dit lid laat het recht van de transmissiesysteembeheerders om netwerken die geen elektriciteitsnetwerken zijn te bezitten, te ontwikkelen, te beheren of te exploiteren onverlet, indien de lidstaat of de aangewezen bevoegde instantie dergelijk recht heeft verleend.”

- Er is een principieel verbod voor netbeheerders om andere activiteiten te verrichten anders dan genoemd in deze richtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 (= “kerntaken”);
- Een netbeheerder kan enkel **andere activiteiten** dan deze kerntaken uit te oefenen, mits naleving van **twee cumulatieve** voorwaarden:
 - de betrokken lidstaat of de door hem aangewezen bevoegde instantie **staat** het de netbeheerder **toe** om deze andere activiteiten uit te oefenen (vb. via wetgeving);
 - deze andere activiteiten moeten **nodig zijn** voor de netbeheerder om aan zijn verplichtingen krachtens deze richtlijn of Verordening (EU) 2019/943 te voldoen. Immers:

“Lidstaten of de door hen aangewezen bevoegde instanties kunnen distributiesysteembeheerders toestaan activiteiten te verrichten anders dan genoemd in deze richtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 indien deze activiteiten nodig zijn voor de distributiesysteembeheerders [...]”.

Het is de *regulerende instantie* die deze noodzakelijkheid beoordeelt. Immers:

“[...], mits de regulerende instantie tot de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld”
- Een netbeheerder kan **netwerken** die geen elektriciteitsnetwerken zijn bezitten, ontwikkelen, beheren en exploiteren, mits naleving van slechts 1 enkele voorwaarde: de betrokken lidstaat of de aangewezen bevoegde instantie staat het de netbeheerder toe om deze andere activiteiten uit te oefenen.

2 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet? (art. 4 en 3)

Het huidige art. 4.1.8/6 van het Energiedecreet bepaalt het volgende:

“Distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit en hun werkmaatschappij kunnen andere activiteiten verrichten dan databeheer en de activiteiten, vermeld in titel IV, hoofdstuk I, afdeling III, onderafdeling I, afdeling IV, afdeling V/1, onderafdeling III, afdeling VII en afdeling VIII, van dit decreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten en vermeld in verordening (EU) 2019/943, als die activiteiten nodig zijn om aan hun voormelde verplichtingen en hun verplichtingen krachtens verordening (EU) 2019/943 te voldoen en als de VREG de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld.

De Vlaamse Regering bepaalt op basis van de beoordeling door de VREG, vermeld in het eerste lid, welke activiteiten als vermeld in het eerste lid, de distributienetbeheerders, de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit en hun werkmaatschappij kunnen uitvoeren.

De Vlaamse Regering bepaalt welke andere activiteiten dan de activiteiten, vermeld in het eerste lid en in artikel 4.1.5, de werkmaatschappij kan uitvoeren.”⁴

Krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet wordt art. 4.1.8/6 van het Energiedecreet in die zin gewijzigd dat nu een onderscheid gemaakt wordt tussen enerzijds de **netbeheerders** en anderzijds de **werkmaatschappij**.

⁴ Hieromtrent gaven we op 27 november 2020 volgend advies: [ADV-2020-20](#)

Na wijziging krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet zou art. 4.1.8/6 van het Energiedecreet als volgt luiden (eigen formulering):

Regeling netbeheerder:

De distributienetbeheerder en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit verrichten de activiteiten, vermeld in Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten en Verordening.

*De distributienetbeheerder en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit kunnen **andere activiteiten** dan vermeld in het eerste lid verrichten, als die activiteiten **nodig** zijn om aan hun voormelde verplichtingen en hun verplichtingen krachtens verordening (EU) 2019/943 te voldoen en als de **VREG de noodzaak** van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld.*

*De **Vlaamse regering bepaalt** welke activiteiten de distributienetbeheerder en beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit kunnen uitvoeren, op basis van beoordeling VREG.*

Regeling voor ‘de werkmaatschappij’ (in praktijk: Fluvius System Operator, voor de distributienetbeheerders):

*De **Vlaamse regering bepaalt** welke andere activiteiten dan deze vermeld in Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten en Verordening **de werkmaatschappij** kan uitvoeren.*

Onder de term ‘netbeheerders’ ressorteren, conform de definitie van het Energiedecreet, zowel de distributienetbeheerders als de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. De bepaling is daarmee terecht ook van toepassing op de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit, ter omzetting van art. 40, lid 8 Vierde Elektriciteitsrichtlijn (zie hoger), die geldt voor “de transmissienetbeheerder”.

In Vlaanderen is de ‘transmissienetbeheerder’ in de zin van de Europese regelgeving de beheerder van het (federale) transmissienet, alsook van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. Het plaatselijk vervoernet van elektriciteit is een (regionaal) transmissienet op een spanning kleiner dan of gelijk aan 70kV, maar met een transmissiefunctie. Conform de bevoegdheidsverdelende regels van het BWHI⁵ ressorteert dit net, ondanks de transmissiefunctie, onder de gewestelijke bevoegdheid.

3 Niet alle taken in Energiedecreet en -besluit zijn kerntaken – noodzakelijkheidstoets niet uitgevoerd

We gaan onder dit punt in op de aanpak van het Ontwerpdecreet met betrekking tot de **netbeheerders**. We analyseren art. 4 van het Ontwerpdecreet m.b.t. de regeling voor de netbeheerder, formuleren onze opmerkingen daarop, en formuleren tevens een conclusie.

⁵ BWHI = de Bijzondere Wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980

3.1 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet m.b.t. de netbeheerders?

Na de wijziging krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet zou het luik van art. 4.1.8/6 van het Energiedecreet dat handelt over de netbeheerders, als volgt klinken (eigen formulering):

De distributienetbeheerder en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit verrichten de activiteiten, vermeld in Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten en Verordening.

*De distributienetbeheerder en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit kunnen **andere activiteiten** dan vermeld in het eerste lid verrichten, als die activiteiten **nodig** zijn om aan hun voormelde verplichtingen en hun verplichtingen krachtens verordening (EU) 2019/943 te voldoen en als de **VREG de noodzaak** van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld.*

*De **Vlaamse regering bepaalt** welke activiteiten de distributienetbeheerder en beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit kunnen uitvoeren, op basis van beoordeling VREG.*

3.2 Wat zegt de memorie van toelichting hierover?

Art. 4.1.8/6. gaat uit van de veronderstelling dat alle activiteiten van de netbeheerder vermeld in het Energiedecreet en -besluit, taken zijn die de netbeheerder kan uitoefenen in de zin van de Europese regelgeving. Dus “kerntaken” die verricht kunnen worden zonder dat daarvoor een noodzakelijkheidstoets door de regulator vereist is.⁶

Uit de memorie van toelichting blijkt dat werd nagegaan of de in het Energiedecreet en -besluit vermelde activiteiten, conform de Europese regels, en meer bepaald art. 31, lid 10 van de Vierde Elektricitetsrichtlijn zijn. Meer bepaald werd nagegaan of de taken/activiteiten die thans in Energiedecreet en -besluit bepaald zijn, taken zijn die de netbeheerder kan uitvoeren, conform het Europeesrechtelijke kader.⁷

Daarbij werd als volgt te werk gegaan: de activiteiten werden ingedeeld in (4) soorten.

Categorie 1: net- en databeheeractiviteiten van de distributienetbeheerders, zoals het beheer en onderhoud van het net;

Categorie 2: deelactiviteiten, accessoria of modaliteiten van de net- en databeheeractiviteiten van de distributienetbeheerders, zoals het uitbetalen van een vergoeding bij het verstrijken van de termijn voor een netaansluiting;

Categorie 3: activiteiten die door een **Europeesrechtelijke** lex specialis **toegestaan** worden, zoals het bezit van particuliere oplaadpunten die uitsluitend voor eigen gebruik bestemd zijn;

⁶ Dit weliswaar na wijziging van art. 4.1.8/1 krachtens art. 3 van het Ontwerpdecreet, meer bepaald: de schrapping (evenwel middels uitfasering) van de activiteit ‘energiediensten’ – inderdaad een noodzakelijke ingreep.

⁷ cfr. Memorie onder bespreking van art. 3

Categorie 4: de openbardienstverplichtingen

In de memorie van toelichting worden 3 soorten openbardienstverplichtingen onderscheiden (hierna: “ODV’s”):

1. ODV’s die géén economische activiteit inhouden, zoals de uitbetaling van premies;
2. ODV’s die een economische activiteit inhouden die evenwel niet door commerciële ondernemingen op competitieve basis verricht zou kunnen worden zoals sociale leverancier;
3. ODV’s die een economische activiteit inhouden die bovendien door commerciële ondernemingen op competitieve basis verricht zou kunnen worden, zoals het aanbieden van energiediensten aan aandeelhouders/vennoten.

Volgens de memorie van toelichting is art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn niet van toepassing op 1ste en 2de soort ODV’s, wél op 3de soort. Er wordt geponereerd dat, behoudens één activiteit (energiediensten), alle vermelde activiteiten kerntaken of “accessoire” taken zijn. Bijgevolg, zo wordt geconcludeerd, kunnen alle in het Energiedecreet of -besluit vermelde activiteiten van de netbeheerder behouden blijven. De activiteiten inzake energiediensten maken het voorwerp uit van uitfasering (cfr. art. 3 van het Ontwerpdecreet). De netbeheerder moet deze dus afstoten.

3.3 Ons oordeel: onjuiste interpretatie, dus foutieve omzetting van artikel 31, lid 10⁸

We zijn het niet eens met bovengenoemde analyse van de huidige, in het Energiedecreet en -besluit bepaalde activiteiten, in het licht van art. 31, lid 10, om volgende redenen:

1. Voor kerntaken nuttig of relevant >< voor kerntaken “noodzakelijk”

Het Ontwerpdecreet gaat uit van de (foutieve) veronderstelling dat activiteiten die beschouwd kunnen worden als deelactiviteiten, accessoria of modaliteiten van de net- en databeheeractiviteiten van de netbeheerder, activiteiten betreffen waarvoor geen beoordeling van de VREG nodig is. Het is niet omdat een bepaalde activiteit geacht wordt een deelactiviteit, accessorium, of modaliteit van de kernactiviteiten te zijn, dat deze *nodig* is om aan de verplichtingen (kerntaken) te voldoen. De ‘noodzakelijkheid’ van de andere activiteiten moet strikt worden geïnterpreteerd; dat deze ‘nuttig’ of ‘relevant’ zijn, volstaat daarbij niet.

“Ten slotte legt de vereiste van noodzaak ook een strikt verband op tussen de kernactiviteit van de DNB en de bijkomende dienst. Het volstaat dus niet dat deze ‘nuttig’ of ‘relevant’ zou zijn, of dat deze zou aansluitingen bij andere activiteiten die de DNB al in portefeuille heeft.”⁹

Er moet een daadwerkelijke noodzakelijkheidstoets uitgevoerd worden, én die toets moet uitgevoerd worden door de regulator, niet door de decreetgever.

2. Enkel bepaalde ODV’s >< alle ODV’s vereisen noodzakelijkheidstoets

Vervolgens: men gaat er in de memorie van toelichting van uit dat art. 31, lid 10, eerste zin van de Elektriciteitsrichtlijn niet van toepassing is op *ODV’s die geen economische activiteit inhouden of een economische activiteit inhouden die niet door commerciële ondernemingen op competitieve basis verricht zou kunnen worden* (cfr. memorie van toelichting, p. 9).

⁸ en idem art. 40, lid 8, van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn

⁹ S. Vanhove, “Juridische uitdagingen voor de Vlaamse distributienetbeheerders in het kader van de energietransitie”, in X., *Jaarboek Energierecht 2020*, Intersentia, 2021, randnr. 53

Echter, **voor alle ODV's is de noodzakelijkheidstoets vereist**, hetgeen de Raad van State reeds bevestigde in een advies (nr. 71.322/3 van 4 mei 2022). Het is niet omdat een activiteit niet economisch is, of omdat er nog onvoldoende marktaanbod is, dat deze activiteit een voor de netbeheerder noodzakelijke activiteit is. Art. 31, lid 10, dat een noodzakelijkheidstoets voorschrijft voor alle "andere" (niet in de Elektriciteitsrichtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 genoemde) activiteiten van de netbeheerder, is van toepassing op alle ODV's.

Voorbeelden daarvan zijn: de activiteiten van de netbeheerder als noodleverancier, als sociale leverancier, de uitbetaling van premies (vb. in kader van rationeel energiegebruik), opsporing energiefraude, sensibiliserende acties, sociale ODV's, ...: al deze activiteiten dienen de noodzakelijkheidstoets (nog) te ondergaan en het gaat daarbij voornamelijk om activiteiten die als openbaardienstverplichting worden gekwalificeerd. We gaan hier verder op in onder het volgende punt.

3.4 Wat bepaalt de Elektriciteitsrichtlijn over ODV's als potentiële taak van netbeheerder?

3.4.1 De netbeheerder kan openbaardienstverplichtingen opgelegd krijgen

De Vierde Elektriciteitsrichtlijn bepaalt in artikel 9 dat de lidstaten aan elektriciteitsbedrijven ODV's kunnen opleggen.

ODV's zijn de uiteenlopende verplichtingen die worden opgelegd aan "electriciteitsbedrijven", en zijn bedoeld als correcties op de vrije marktwerking in het algemeen belang.

Netbeheerders vallen onder de definitie van "electriciteitsbedrijf"; bijgevolg kunnen Lidstaten de netbeheerders ODV's opleggen (basis: art. 9 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn). De richtlijn bepaalt in de consideransen dat de lidstaten daarbij over een brede discretionaire bevoegdheid beschikken.

Deze ODV's moeten wel betrekking hebben op: "**de zekerheid, waaronder de voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat.**"

ODV's hebben dus sociale (cfr. zekerheid van leveringen) of ecologische (cfr. bescherming milieu) doelstellingen.

ODV's moeten sowieso gemeld worden aan de Europese Commissie. Het Ontwerpdecreet wordt dan ook terecht aangemeld bij de Europese Commissie, die kan oordelen of de ODV's conform de voorwaarden zijn, i.e. of zij voldoen aan de eisen gesteld door art. 9 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

3.4.2 De netbeheerder kreeg effectief tal van ODV's opgelegd

De netbeheerders (dus zowel distributienetbeheerder als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit) hebben op grond van het Energiedecreet en -besluit tal van ODV's opgelegd gekregen.

De Vlaamse ODV's werden in 2019 al eens door de VREG in kaart gebracht: ons [ODV-rapport uit 2019](#)¹⁰ bevat een gedetailleerd overzicht van de precieze ODV's en hun indeling. De ODV's worden tevens weergegeven in een van onze dashboards: https://dashboard.vreg.be/report/TNB_Openberedienstverplichtingen.html.

Zoals blijkt uit onze analyse van enkele jaren geleden, onderscheiden we volgende ODV's:

- **Technische ODV's** hebben te maken met het onderhoud en de uitbreiding van het distributienet.
- **Sociale ODV's** omvatten maatregelen die (huishoudelijke) afnemers beschermen, voornamelijk op financieel vlak.
- **Ecologische ODV's** ondersteunen de ontwikkeling van hernieuwbare energie, warmtekrachtkoppeling en rationeel energiegebruik. Die ODV's kunnen we verder opsplitsen in twee groepen: ODV's die te maken hebben met de groenestroom- en warmtekrachtcertificaten (GSC en WKC) en ODV's om rationeel energiegebruik te bevorderen.

De ODV's hebben een aanzienlijk gewicht in de budgetten van de distributienetbeheerders. Zo voorzien zij een nettokost van 375 miljoen euro (22% van het totale budget) voor de openberedienstverplichtingen in hun budgetten voor 2023. Daarbij houden zij al rekening met aanzienlijke tussenkomsten vanuit de Vlaamse Overheid. Zonder deze tussenkomsten zouden de openberedienstverplichtingen nog zwaarder doorwegen (34% van het totale budget).

3.4.3 Een openberedienstverplichting, opgelegd aan netbeheerder, moet de noodzakelijkheidstoets van de regulator doorstaan

De vraag rijst hoe art. 9 en art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn samengelezen moeten worden: staan de ODV's los van de beoordeling van de activiteiten van de netbeheerder (kerntaken, verboden activiteiten, toegelaten mits expliciete toelating en al dan niet noodzakelijkheidstoets), of zijn de ODV's evengoed activiteiten, die onder toepassing van art. 31, lid 10 ressorteren?

Uit art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn volgt dat activiteiten die geen kernactiviteiten¹¹ van de netbeheerder zijn, (1) expliciet moeten worden toegelaten en (2) dat de noodzakelijkheid van die activiteiten in het licht van de kernactiviteiten door de regulator beoordeeld moet worden (behoudens indien het om netwerkactiviteiten handelt). Openberedienstverplichtingen die aan de netbeheerder worden opgelegd, betreffen een activiteit waarvan de regulator de noodzakelijkheid moet beoordelen conform art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

¹⁰ zie [RAPP-2019-11](#)

¹¹ i.e. niet in richtlijn (EU) 2019/944 en verordening (EU) 2019/943 genoemde taken

De Raad van State sprak zich hierover al eens uit en bevestigde deze visie: **de Raad van State oordeelde dat ook openbardienstverplichtingen** die een lidstaat aan **distributienetbeheerders** oplegt, **nieuwe, niet in richtlijn (EU) 2019/944 en verordening (EU) 2019/943 genoemde maatregelen** zijn, waarvan de **regulerende instantie** overeenkomstig artikel 31, lid 10 van richtlijn (EU) 2019/944 **de noodzaak moet beoordelen**.

Randnummer 5.3 van het betreffende advies klinkt als volgt:

“Het voorgaande neemt niet weg dat openbardienstverplichtingen die een lidstaat aan distributiesysteembeheerders oplegt, nieuwe, niet in richtlijn (EU) 2019/944 en verordening (EU) 2019/943 genoemde maatregelen zijn. Dit blijkt ook uit artikel 9, lid 4, van richtlijn (EU) 2019/944, naar luid waarvan de lidstaten de Commissie na de omzetting van deze richtlijn alle maatregelen meedelen die zijn vastgesteld om universele dienst- en openbardienstverplichtingen in het leven te roepen, met inbegrip van consumentenbeschermings- en milieubeschermingsmaatregelen, en van de mogelijke gevolgen van die maatregelen voor de nationale en internationale concurrentie, ongeacht of deze maatregelen een ontheffing van deze richtlijn vereisen.

Bijgevolg moet de noodzakelijkheidstoets waarin artikel 30 (sic), lid 10, van richtlijn (EU) 2019/944 voorziet nog gebeuren.”¹²

Conclusie

Een ODV, opgelegd aan een netbeheerder, moet niet enkel voldoen aan de vereiste doelstellingen bepaald in art. 9 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn (en gemeld worden aan de Europese Commissie met oog op controle van die doelstellingen), maar tevens moet de noodzakelijkheid voor de uitoefening van de taken van de netbeheerder beoordeeld worden door de regulator.

3.5 Participaties zijn ook activiteiten, en dus enkel mogelijk indien noodzakelijk

Participaties van de netbeheerder zijn ook te beschouwen als activiteiten. De netbeheerder zou enkel de ‘nodige’ participaties mogen kunnen aangaan. Voor een opsomming van de huidige participaties: zie punt 5.3.

Daar waar het Energiebesluit (zie artikel 3.1.13) nu bepaalt dat (alleen) een (rechtstreekse of onrechtstreekse) deelneming in *producenten, invoerders van buitenlands aardgas, houders van een leveringsvergunning, tussenpersonen, aanbieders van energiediensten, ESCO's, aggregatoren of in de met die ondernemingen verbonden of geassocieerde ondernemingen* verboden is, moet dit volgens ons veel ruimer worden bepaald: **de deelneming in ondernemingen die activiteiten verrichten die niet vermeld zijn in het Energiedecreet of uitvoeringsbesluiten, is verboden.**

¹² Advies RvS nr. 71.322/3 van 4 mei 2022 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010 en het besluit van de Vlaamse Regering van 4 februari 2022 tot oprichting van een uniek loket voor de aanvraag en behandeling van bepaalde woon- en energiepremies en tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010 en het Besluit Vlaamse Codex Wonen van 2021, wat betreft flexibiliteit, samenwerking tussen de distributienetbeheerders en het extern verzelfstandigd agentschap NV Vlaams Energiebedrijf en renovatie- en energiepremies’, randnummer 5.3.

Dergelijke bepaling zou voor gevolg hebben dat elke deelneming eerst een noodzakelijkheidstoets moet doorstaan (VREG), waarna de deelneming expliciet moet worden toegestaan.

3.6 Conclusie: Energiedecreet en -besluit in strijd met Elektriciteitsrichtlijn

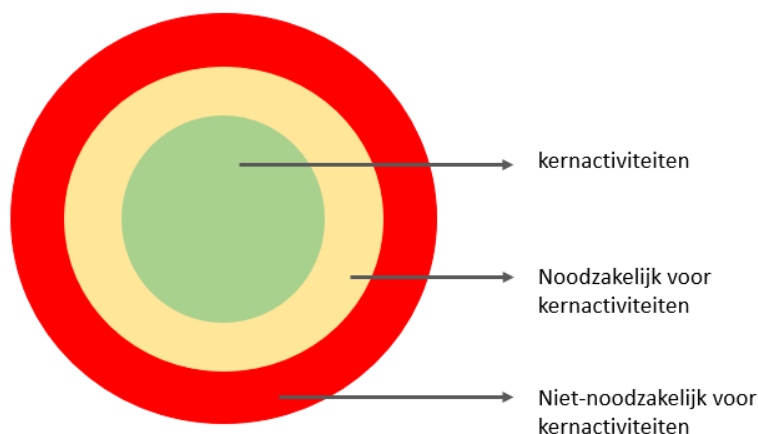
Het Ontwerpdecreet (meer bepaald art. 4) gaat er foutief van uit dat alle taken die thans in Energiedecreet en het Energiebesluit vermeld staan, effectief zogenaamde kerntaken zijn van de netbeheerder, i.e. taken genoemd in de Elektriciteitsrichtlijn of Verordening (EU) 2019/943.

Echter, in het ‘Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten’ waarnaar art. 4.1.8/6 krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet zal verwijzen, zijn activiteiten van de netbeheerder vermeld die niet *genoemd zijn in de Elektriciteitsrichtlijn en in Verordening (EU) 2019/943*, en waarvan evenmin vaststaat dat zij noodzakelijk zijn met het oog op de uitvoering van de kernactiviteiten. Een toets die (nog) uitgevoerd moet worden door de regulator, dus de VREG.

Doordat het Energiedecreet, en de uitvoeringsbesluiten, taken bevatten die geen kerntaken zijn, en de toelating ervan (door vermelding in het Energiedecreet) niet voorafgegaan werd door een door de VREG uit te voeren noodzakelijkheidstoets, is het decreet in strijd met art. 31, lid 10 (en art. 40, lid 8) van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

Het Ontwerpdecreet heft deze strijdigheid niet op.

Schematisch: het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten bepalen op dit moment nog activiteiten voor de netbeheerder die in onderstaande 3 categorieën (groen, geel, rood) ingedeeld kunnen worden. De rode activiteiten moeten geschrapt worden. Welke activiteiten als rood, en welke als geel moeten worden gekwalificeerd, is op dit moment nog niet uitgeklaard (zie hiervoor ‘stappenplan’ in punt 6.1).



4 Wat geldt voor netbeheerder, geldt ook voor zijn werkmaatschappij

De analyse onder punt 3 van de regeling, uitgewerkt in het Ontwerpdecreet, t.a.v. de netbeheerder, leidde tot de vaststelling dat deze strijdig is met de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

In dit punt analyseren we art. 4 van het Ontwerpdecreet m.b.t. de regeling voor de **werkmaatschappij**.

4.1 Wat bepaalt het Ontwerpdecreet m.b.t. de *werkmaatschappij*

Art. 4.1.8/6, vierde lid, zou krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet als volgt luiden: *“De Vlaamse Regering bepaalt welke andere activiteiten dan de activiteiten, vermeld in het eerste lid, de werkmaatschappij kan uitvoeren.”*

4.2 Analyse van de aanpak van het Ontwerpdecreet

Werkmaatschappij Fluvius System Operator moet, krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet wel een toelating krijgen (van de Vlaamse Regering) voor extra activiteiten, thans niet vermeld in Energiedecreet of -besluit of Verordening, maar deze toelating kan de Vlaamse Regering zonder meer verlenen: er geldt geen enkel criterium of randvoorwaarde: noch wat betreft de aard van de ontwikkelde activiteiten, noch wat betreft de voorafgaande *beoordeling* door de VREG

Op basis van de ontworpen bepaling kan Fluvius System Operator, als werkmaatschappij, dus om het even welke andere activiteiten ontplooiën indien dit door de Vlaamse Regering opportuun wordt geacht.

4.3 Ons oordeel: Fluvius System Operator moet zelfde regels volgen als netbeheerder

4.3.1 Fluvius System Operator als verlengstuk van de distributienetbeheerders

Het begrip “werkmaatschappij” heeft geen grondslag in de Vierde Elektriciteitsrichtlijn. Dit begrip wordt in het Energiedecreet als volgt gedefinieerd¹³: *“de privaatrechtelijke vennootschap waarin de distributienetbeheerder participeert of de publiekrechtelijke rechtspersoon die participeert in de distributienetbeheerder, die in naam en voor rekening van de distributienetbeheerder belast is met de exploitatie van zijn net en de toepassing van openbaardienstverplichtingen”*.

De Vlaamse energieregelgeving staat het distributienetbeheerders toe om een beroep te doen op een werkmaatschappij. Volgens de memorie van toelichting heeft het gebruik van een werkmaatschappij *als voordeel de professionalisering van de sector, de uniformisering van de procedures en werkwijzen en de reductie van de kosten verbonden aan het netbeheer*.¹⁴

¹³ Art. 1.1.3, 138° van het Energiedecreet

¹⁴ MvT, Energiedecreet, *Parl. St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2165/1, 40

De distributienetbeheerders zijn niet verplicht om een beroep te doen op een werkmaatschappij, maar áls ze dit doen, dan moet het om ‘één gezamenlijke werkmaatschappij’ gaan en moet voorafgaandelijk toestemming verkregen worden van de VREG (art. 4.1.5 Energiedecreet¹⁵). Daar waar in het begin niet elke distributienetbeheerder een beroep deed op een werkmaatschappij, deden die dat gaandeweg meer en meer, en dit gelet op de expertise die vereist is bij het uitvoeren van de taken. Op dit moment doen alle distributienetbeheerders een beroep op een werkmaatschappij, en dat is Fluvius System Operator, een privaatrechtelijke coöperatieve vennootschap. Op 26 juni 2018 gaf de VREG toestemming hiervoor aan de distributienetbeheerders¹⁶. De werkmaatschappij Fluvius System Operator is te beschouwen als een dochtermaatschappij die 100% in handen is van de (gezamenlijke) distributienetbeheerders.

De distributienetbeheerders belasten werkmaatschappij Fluvius System Operator met de exploitatie van het elektriciteits- en aardgasdistributienet, de activiteiten inzake databeheer en de uitvoering van openbaredienstverplichtingen die rusten op de distributienetbeheerders. Dergelijke werkmaatschappij oefent dus de taken uit die de distributienetbeheerders aan haar delegeren en is daarmee een “**verlengstuk**”, of “gemandateerde” van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die formeel als distributienetbeheerder zijn aangewezen. Fluvius System Operator vervult de gedelegeerde taken in naam en voor rekening van de (aandeelhouders-) distributienetbeheerders die een beroep op haar doen. Dit komt neer op een vorm van lastgeving.

4.3.2 Regels voor netbeheerder gelden ook voor haar verlengstuk/gemandateerde

In lijn met de zgn. “verlengstuktheorie”, moeten de Europese eisen t.a.v. de netbeheerder ook worden geacht zich uit te strekken tot de entiteit die een louter verlengstuk is van de netbeheerders, met name de werkmaatschappij die door de netbeheerders werd opgericht en waarop zij een beroep doen voor de uitoefening van hun taken als DNB.

Op basis van de verlengstuktheorie wordt aangenomen dat wanneer aan een privaatrechtelijke rechtspersoon de uitoefening van het openbaar gezag wordt toevertrouwd, bijvoorbeeld via delegatie van éézijdig bindende (beslissings)bevoegdheid, deze laatste alsnog kwalificeert als administratieve overheid.¹⁷

¹⁵ Art. 4.1.5, eerste en tweede lid, Energiedecreet: *“Als een distributienetbeheerder voor de exploitatie van het distributienet, activiteiten inzake databeheer en de uitvoering van openbaredienstverplichtingen een beroep wil doen op een werkmaatschappij, moet voorafgaandelijk toestemming verkregen worden van de VREG. De distributienetbeheerders kunnen op elk moment maar op één gezamenlijke werkmaatschappij een beroep doen gedurende een door de VREG aanvaarde periode. Die periode is voor iedere afzonderlijke distributienetbeheerder niet langer dan de duur van de aanwijzing van die distributienetbeheerder, maar is hernieuwbaar na afloop van die termijn.”*

¹⁶ Beslissing nr. BESL-2018-21 van de VREG van 26 juni 2018.

¹⁷ Zie hierover F. Vandendriessche, ‘De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordiger binnen de vzw’ in M. deneff (red.), *De vzw, Brugge, die Keure*, 2015, 101, met verwijzing naar RvS 29 januari 2010, nr. 200.245.

Dit wordt ook bevestigd in de rechtsleer, overigens specifiek t.a.v. de werkmaatschappij Fluvius System Operator:

“Volgens de verlengstuktheorie volgt het statuut van de privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersoon dat van de rechtspersoon die haar controleert. In het geval van Fluvius is er weinig discussie mogelijk: alle aandeelhouders zijn publieke (en zelfs administratieve) rechtspersonen zoals hierboven werd betoogd. Fluvius treedt daarenboven uitdrukkelijk op als mandataris van de DNB’s.”^{18/19}

De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde inderdaad al in gelijkaardige zin m.b.t. tot de Atrias cv, die een dochteronderneming uitmaakt van de werkmaatschappij Fluvius System Operator. Volgens de Raad van State kan niet worden uitgesloten dat Atrias een door de distributienetbeheerders gedelegeerde taak uitoefent en in plaats van de distributienetbeheerders optreedt, als verlengstuk van de distributienetbeheerders.²⁰

Bijgevolg zijn de regels die op de distributienetbeheerders van toepassing zijn, ook van toepassing op deze gemandateerde rechtspersoon, minstens wanneer zij de door de DNB gedelegeerde taken uitvoeren.

Deze logica wordt tot nu ook grotendeels gevolgd en gehonoreerd door de decreetgever: het Energiedecreet legt de meeste verplichtingen tegelijk op aan zowel de DNB als aan werkmaatschappij. De decreetgever heeft immers steeds ingezien dat de mogelijkheid om een beroep te doen op een werkmaatschappij geen vrijgeleide kan zijn om de regels die gelden voor, en dus de regulering van, de distributienetbeheerders, te omzeilen. Anders gezegd: er is steeds uitgegaan van de toepassing van de ‘verlengstuktheorie’, die erin bestaat dat er geen verschil kan zijn tussen het regelgevende regime dat van toepassing is op de DNB, en zijn verlengstuk/gemandateerde: de werkmaatschappij. Het gaat tegen alle logica in dat een gemandateerde van de DNB aan soepelere, of minder, regels zou onderworpen zijn, dan de DNB zelf.

De statuten van de werkmaatschappij Fluvius System Operator bevestigen dit. In artikel 2 van de gecoördineerde statuten, dat het voorwerp van de onderneming bepaalt, kan immers worden gelezen dat Fluvius System Operator slechts andere taken verricht dan deze die een aandeelhouder haar heeft toevertrouwd, voor zover deze taken bijkomstig en marginaal zijn en voor zover zij verenigbaar zijn met het voorwerp van de aandeelhouder(s). Bovendien bepaalt artikel 2 van de statuten dat de uitoefening van deze bijkomende taken steeds moet geschieden met inachtneming van de onafhankelijkheidsvereisten waaraan netbeheerders moeten voldoen²¹. De werkmaatschappij Fluvius System Operator gaat er met andere woorden zelf van uit dat zij aan dezelfde regels is onderworpen als de distributienetbeheerder zelf.

¹⁸ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 720 met verwijzing naar RvS, 16 oktober 2014, nr. 228.776, dat tot dezelfde conclusie kwam voor Atrias cv, een andere dochter van de DNB’s

¹⁹ S. Vanhove, “Juridische uitdagingen voor de Vlaamse distributienetbeheerders in het kader van de energietransitie”, in X., *Jaarboek Energierecht 2020*, Intersentia, 2021, randnr. 26

²⁰ RvS, 16 oktober 2014, nr. 228.776.

²¹ Cf. artikel 2 vijfde lid, van de gecoördineerde statuten van Fluvius System Operator.

4.3.3 *Ontwerpdecreet trekt regels die gelden voor de (distributie)netbeheerder níét door naar Fluvius System Operator*

Toch wenst men krachtens het Ontwerpdecreet blijkbaar de werkmaatschappij te onderwerpen aan soepelere, of minder, regels dan de distributienetbeheerder zelf (die in praktijk geen taken inzake de uitbating van het distributienet uitvoert, want deze worden volledig gedelegeerd aan Fluvius System Operator). Daar waar de distributienetbeheerder overeenkomstig de Vierde Elektriciteitsrichtlijn pas andere taken dan zijn kerntaken mag uitvoeren na een noodzakelijkheidstoets die door de regulator wordt verricht, krijgt de werkmaatschappij een grote(re) vrijheid in het uitvoeren van andere taken dan zijn kerntaken. Voor de werkmaatschappij geldt immers, op grond van het Ontwerpdecreet, niet de beperking dat bijkomende activiteiten nodig moeten zijn om aan de verplichtingen van de DNB inzake kernactiviteiten te voldoen. Activiteiten die niet opgesomd zijn in het Energiedecreet en het Energiebesluit, moeten volgens het Ontwerpdecreet bovendien alleen door de VREG op hun noodzakelijkheid worden beoordeeld als deze aan de distributienetbeheerder worden opgelegd, terwijl deze activiteiten niet aan deze noodzakelijkheidstoets zijn onderworpen als zij aan de werkmaatschappij worden opgedragen.

Met andere woorden, door het Ontwerpdecreet zou de Vlaamse regering de verplichtingen die voortvloeien uit de Vierde Elektriciteitsrichtlijn – en de toezichtsrol die de regulator daarin speelt – kunnen omzeilen door deze rechtstreeks, d.i. zonder door de regulator verrichte noodzakelijkheidstoets, aan de werkmaatschappij Fluvius System Operator op te leggen in plaats van aan de distributienetbeheerders.

Het mechanisme waarin het Ontwerpdecreet voorziet is dus niet enkel t.a.v. de (distributie)netbeheerders in strijd met de Vierde Elektriciteitsrichtlijn (cfr. punt 3), maar is *a fortiori* met die richtlijn in strijd wat betreft de werkmaatschappij.

4.4 Conclusie: Ontwerpdecreet manifest in strijd met Vierde Elektriciteitsrichtlijn

Conform Europese eisen mag de netbeheerder een ‘andere activiteit’ (niet-netwerkactiviteit) niet uitvoeren indien deze niet noodzakelijk is (volgens het oordeel van de regulator). Het Ontwerpdecreet laat echter toe de Europeesrechtelijke eisen op het vlak van de voor de netbeheerders toegestane activiteiten te omzeilen. Immers, op basis van het Ontwerpdecreet kan een netbeheerder de taak gewoon laten uitvoeren door een andere entiteit die een verlengstuk van zichzelf vormt: voor de distributienetbeheerder is dit de werkmaatschappij Fluvius System Operator, die in naam en voor zijn rekening optreedt. En dan valt de door de Europese wetgever vereiste noodzakelijkheidstoets, verplicht uit te voeren door de regulator, in zijn geheel weg. Dat is manifest in strijd met artikel 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

De werkmaatschappij is te beschouwen als verlengstuk van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die formeel als distributienetbeheerder zijn aangewezen. Bijgevolg moeten dezelfde regels die van toepassing zijn op de netbeheerder, ook van toepassing zijn op de eventuele werkmaatschappij waarop de netbeheerder een beroep doet. De vereiste voorafgaande toelating om andere dan kerntaken te verrichten moet dus voorafgaan aan een door de regulator uit te voeren noodzakelijkheidstoets, ook ten aanzien van de werkmaatschappij.

Krachtens het Ontwerpdecreet (in art. 4, vierde lid) kan de werkmaatschappij toelating krijgen voor de uitoefening van andere activiteiten na toelating door de Vlaamse regering, dus zonder dat deze noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de kerntaken van de netbeheerder; een noodzakelijkheid die de regulator moet nagaan. Dat is manifest in strijd met artikel 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

Om minstens deze inbreuk te remediëren adviseren we tot wijziging van het vierde lid van art. 4 als volgt:

“Dit artikel geldt eveneens voor de werkmaatschappij als een netbeheerder hierop, conform art. 4.1.5, een beroep doet.”

5 Belang van de beperking tot kerntaken

5.1 Beperking tot kerntaken: vermijden van kruissubsidiëring

In de Derde Elektriciteitsrichtlijn golden enkel regels met betrekking tot de ‘**verticale ontvlechting**’: productie en levering zijn activiteiten die overgelaten moeten worden aan de vrije markt, terwijl transmissie en distributie activiteiten zijn die door gereguleerde monopolies worden uitgevoerd: de transmissienetbeheerder en de distributienetbeheerder(s). Deze beide categorieën van activiteiten moeten onderscheiden worden.

Ontvlechtingseisen beogen het vermijden van kruissubsidiëring, het tegengaan van belangenvermenging, en het vermijden van concurrentievervalsing. De ontvlechting van activiteiten komt de mededinging ten goede. Dit betreffen dwingende vereisten van algemeen belang. Kruissubsidiëring in ruime zin omvat trouwens ook de uitwisseling van strategische informatie.²²

De Vierde Elektriciteitsrichtlijn beoogt met art. 31, lid 10 (en art. 40 lid 8) de verdere ontvlechting en meer bepaald in hoofde van de netbeheerders: zij moeten voortaan, naast verticaal, ook **horizontaal ontvlecht** zijn. Er moet dus een ontvlechting van zijn kernactiviteiten, enerzijds, en alle andere activiteiten, anderzijds.

Art. 1, 54) van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn definieert "horizontaal geïntegreerd bedrijf" als: *elektriciteitsbedrijf dat ten minste een van de functies van productie voor de verkoop, transmissie, distributie of levering, en daarnaast een niet op het gebied van elektriciteit liggende activiteit verricht.*

²² Zie hiervoor het arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2013: HvJ (Grote Kamer) nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, (Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV)

Er is hierop een strikt toezicht van de regulator nodig. Het is de taak van de VREG, als regulator, om erover te waken dat er geen sprake is van kruissubsidiëring tussen activiteiten van de distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit voor transmissie, distributie en levering of andere activiteiten die al dan niet met het elektriciteitsgebied te maken hebben.

Deze principes en doelstellingen van horizontale ontvlechting, bepaald in de Vierde Elektriciteitsrichtlijn, lijken trouwens ook de basis te zijn van volgende tekst in het [Regeerakkoord](#) van 2019-2024 (p. 151):

“Met het oog op transparantie, financiële stabiliteit en het vermijden van kruissubsidiëring realiseren we bij netbeheerders en Fluvius een analytische boekhouding met scheiding tussen de verschillende (energie) gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten. Volgens het nieuwe opzet van de elektriciteitsmarkt moeten energiediensten zoals bijvoorbeeld opslag marktgebaseerd en concurrerend zijn. Daarom laten we niet toe dat netbeheerders energieopslagfaciliteiten bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren. De taken van netbeheerders en Fluvius zullen in het kader van een kerntakendebat herbekeken worden, dit vooral om te zorgen dat de netbeheerders en Fluvius zich maximaal concentreren op hun kerntaak: een goed werkend distributienet dat de uitdagingen van morgen aankan.”

5.2 De netbeheerders staan voor grote uitdagingen

Een grote uitdaging in het netbeheer is de omslag naar koolstofarme energiebronnen (“decarbonisation”) en de verdere inzet op hernieuwbare energie. Concreet gaat het om een verregaande elektrificatie van de energievoorziening. De uitdagingen met betrekking tot de energietransitie zijn groot, het komt de netbeheerder toe zich hierop toe te spitsen.

Cfr. Vierde Elektriciteitsrichtlijn: aanhef (3)

“Het energiesysteem van de Unie ondergaat op dit moment echter een diepgaande verandering. Het gemeenschappelijke doel om het energiesysteem koolstofvrij te maken schept nieuwe kansen en uitdagingen voor marktdeelnemers. Tegelijkertijd maken technologische ontwikkelingen nieuwe vormen van consumentendeelname en grensoverschrijdende samenwerking mogelijk. De marktregels van de Unie moeten worden aangepast aan een nieuwe marktrealiteit.”

De beleidsmaker erkent dit ook, zie het [Regeerakkoord](#) van 2019-2024 (p. 151):

*“De taken van netbeheerders en Fluvius zullen in het kader van een kerntakendebat herbekeken worden, dit vooral om te zorgen dat de netbeheerders en Fluvius zich maximaal concentreren op hun kerntaak: een goed werkend distributienet **dat de uitdagingen van morgen aankan.**”*

5.3 De distributienetbeheerders en/of hun werkmaatschappij hebben tal van andere activiteiten

Naast de kernactiviteiten hebben de Vlaamse distributienetbeheerders, en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator, nog verschillende andere activiteiten. We onderscheiden drie groepen:

Beheer van netten

- **Hoogspanning (36-70 kV)** Fluvius Limburg en Fluvius West hebben delen van het Plaatselijk Vervoernet in eigendom. Zij verlenen een gebruiksrecht aan de Plaatselijk Vervoersnetbeheerder Elia. Fluvius levert ook diensten aan Elia. Deze activiteit valt onder de regulering van de CREG en de VREG.
- **Openbare verlichting** Deze activiteit omvat het bouwen, onderhouden en beheren van openbare verlichtingsnetten. Fluvius biedt ook financiële ondersteuning en ontzorging van de lokale besturen bij de modernisering van de openbare verlichtingsnetten en de opmaak van lichtplannen. Het onderhoud van openbare verlichtingsnetten vormde tot en met 2021 een openbaredienstverplichting die deel uitmaakte van de gereguleerde activiteit elektriciteit.
- **Warmte** Deze activiteit omvat het bouwen, onderhouden en beheren van warmte- en koudenetten in 15 gemeenten. Deze activiteit staat onder het toezicht van de VREG.
- **Kabel en telecom** Fluvius Antwerpen, Fluvius Limburg, Fluvius West en PBE hebben de kabeldistributienetten in 103 Vlaamse gemeenten in eigendom. Zij onderhouden en beheren deze ook. Daarnaast is er ook het pilootproject Fiber-to-the-Home. Deze activiteit staat onder het toezicht van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie en van de Vlaamse Regulator voor de Media.
- **Fluvius-net** Fluvius levert elektronische communicatiediensten aan 113 Vlaamse gemeenten. Deze diensten omvatten voordelige en beveiligde telefonie, internet, lokale netwerken en Free WiFi.
- **Riolering** Fluvius Antwerpen, Fluvius Limburg, Fluvius West en ook Riobra staan in voor het bouwen, onderhouden en beheren van rioleringsnetten in 83 Vlaamse gemeenten. Fluvius biedt ook ondersteuning aan lokale besturen bij de opmaak van hemelwaterplannen. Deze activiteit staat onder het toezicht van de Vlaamse Milieumaatschappij.

Dienstverlening

- **Energiediensten voor lokale besturen** Fluvius biedt (financiële) ondersteuning aan de lokale besturen bij de planning en uitvoering van energieaudits en energiebesparende investeringen. Deze activiteit is een openbaredienstverplichting (conform artikel 6.4.1/7 van het Energiebesluit).
- **Netten voor derden** Fluvius stelt haar ervaring in het beheer van netten (asset management) ter beschikking van de lokale besturen en andere publieke organisaties.

- **Fluvius-GIS** Fluvius ontwikkelt geografische informatiesystemen op maat van lokale besturen om hun openbaar domein in kaart te brengen.
- **Fluvius datacenter** Fluvius levert datacenterdiensten aan lokale besturen en ook aan politiezones. Deze diensten omvatten het ter beschikking stellen van server- en opslagcapaciteit (infrastructure-as-a-service) alsook serverruimte (housing).
- **Verticale infrastructuur** Fluvius biedt ondersteuning en ontzorging van de lokale besturen bij het beheer van de openbare ruimtes en de uitrusting ervan met slimme informatie- en communicatie-infrastructuur zoals camerabewaking, parkeergeleiding en nummerplaatherkenning. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de aanwezige verticale infrastructuur zoals elektriciteits- en verlichtingspalen.

Participaties

- **Publi-T** De distributienetbeheerders hebben een totaal belang van 48,04% in Publi-T cv. Deze publieke holding heeft op haar beurt een controlebelang in Elia Group nv (44,82%) en telkens ook 1 aandeel in Elia Asset nv en Elia Transmission Belgium nv.
- **Publigas** De distributienetbeheerders hebben een totaal belang van 30,36% in Publigas cv. Deze publieke holding heeft op haar beurt een meerderheidsbelang in Fluxys nv (77,41%).
- **Aandelen van Elia in Fingem** Intergem houdt 399.666 aandelen van Elia aan als belegging (via de voormalige financieringsvereniging Fingem).
- **Participatie in Telenet** 4 distributienetbeheerders hebben 15 gouden aandelen van Telenet in eigendom (via de voormalige financieringsverenigingen).
- **Buitengewone diensten** De lokale besturen doen een beroep op de distributienetbeheerder (de voormalige financieringsvereniging) voor de financiering van investeringen binnen de 'buitengewone dienst'. Dit is een uitdovende activiteit.
- **Financiering aankoop aandelen in DNB** De lokale besturen doen een beroep op de distributienetbeheerder (de voormalige financieringsvereniging) voor de financiering van hun participatie in de distributienetbeheerder.
- **Andere** PBE heeft een belang van 8,56% in Fluvius Limburg (via de voormalige distributienetbeheerder Intergas).

Daarnaast heeft Fluvius nog een aantal dochtervennootschappen die de werkmaatschappij (en andere nutsbedrijven) ondersteunen bij de uitvoering van bovenvermelde activiteiten.

- **De Stroomlijn cv** is het klantencontactcenter van Fluvius (62,17%), Farys (32,03%) en De Watergroep (2,90%). Ook Synductis (2,90%) participeert in De Stroomlijn.
- **Synductis cv** zorgt voor de coördinatie en vormt een gemeenschappelijk aanspreekpunt bij infrastructuurwerken van verschillende nutsbedrijven. Synductis stimuleert zo ook het 'minderhinderbeleid'. De aandeelhouders zijn Fluvius (34,47%), Farys (22,21%), Aquafin (14,29%), Proximus (14,29%), De Watergroep (8,94%), Pidpa (5,34%), AquaDuin (0,46%) en AGSO Knokke-Heist.
- **Atrias cv** is het federale clearing house-platform voor de energiesector in België. De aandeelhouders zijn Fluvius (50,00%), ORES (18,29%), Sibelga (16,67%) en RESA (15,04%).
- **S-Lim cv** heeft de ontwikkeling van de Smart Regio Limburg 2030 tot doel. De aandeelhouders zijn Fluvius Limburg (50,00%) en Nuhma (50,00%).

Tot slot zijn er nog twee vennootschappen die, samen met (1) de Vlaamse DNB's, (2) Riobra OV en (3) 'Fluvius System Operator cv' de 'Fluvius Economische Groep' vormen.

- **Fluvius OV** In deze vennootschap werd de statutaire personeelsleden van de Infrac en Integan ondergebracht. Deze worden gedetacheerd aan Fluvius.
- **Interkabel Vlaanderen cv** heeft een deel van de kabeldistributienetten in mede-eigendom en verleent gebruiksrechten aan Telenet. Deze vennootschap zal in de loop van 2023 fuseren door overneming met Fluvius.

We verwijzen ook naar punt 3.4, waar we dieper ingaan op de ODV's, die weliswaar gereguleerde activiteiten betreffen, maar niet noodzakelijk een kerntaak van de distributienetbeheerders zijn. In dat opzicht kunnen zij ook als een afzonderlijk deel binnen de activiteiten van Fluvius System Operator beschouwd worden.

Fluvius System Operator heeft naar de toekomst toe nog meer plannen. Zo werd op 19 juli 2022 kenbaar gemaakt dat het de bedoeling is om samen met Telenet een aparte entiteit (Netco) op te richten met als doel o.a. een glasvezelnetwerk in Vlaanderen uit te rollen.²³

5.4 Blik op het aandeel van de huidige 'andere activiteiten' van de distributienetbeheerders, en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator, naast de 'kerntaken'

Het belang van de werkmaatschappij Fluvius System Operator cv, als operationele entiteit van de distributienetbeheerders, is moeilijk te overschatten.

²³ <https://pers.fluvius.be/fluvius-en-telenet-bereiken-bindend-akkoord-over-samenwerking-rond-het-datanetwerk-van-de-toekomst>

We geven enkele voorbeelden om dit te staven:

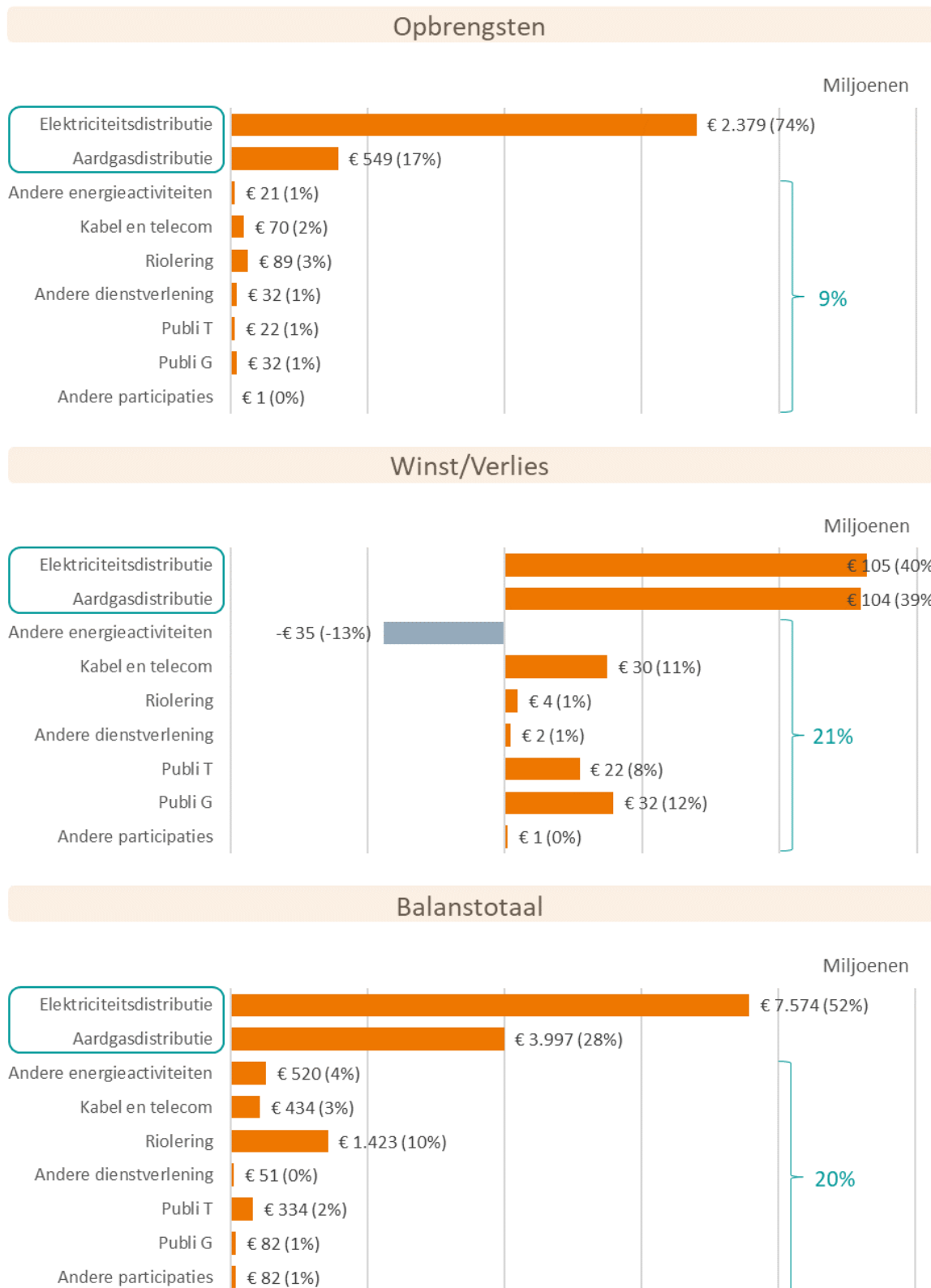
- Binnen de Fluvius Economische Groep wordt gewerkt met één controlling model. Alle verrichtingen worden dus centraal verwerkt. De toewijzing van kosten aan de verschillende distributienetbeheerders en activiteiten zit in het Fluvius controlling model omsloten.
- De distributienetbeheerders hebben geen eigen personeel. Alle statutaire personeelsleden zijn in dienst van Fluvius OV, alle contractuele personeelsleden zijn in dienst van Fluvius System Operator cv. Alle personeelskosten worden op die manier binnen de werkmaatschappij gecentraliseerd en vervolgens via uurregistraties en verdeelsleutels toegewezen aan de verschillende distributienetbeheerders en activiteiten.
- Ook overheadkosten (zijnde de kosten van de algemene en ondersteunende diensten binnen Fluvius System Operator) worden binnen de werkmaatschappij gecentraliseerd en via forfaitaire percentages en verdeelsleutels toegewezen aan de verschillende distributienetbeheerders en activiteiten.
- Ook andere kosten (zogenaamde toeslagen – deze omvatten administratie, toezicht en coördinatie van werven, grondverzet, klein materiaal, voertuigen en verplaatsingen) worden binnen de werkmaatschappij gecentraliseerd en via forfaitaire percentages en verdeelsleutels toegewezen aan de verschillende distributienetbeheerders en activiteiten.
- Binnen de Fluvius Economische Groep wordt gewerkt met één cashpoolsysteem. De liquide middelen worden dus centraal beheerd. Liquiditeitstekorten bij cashpoolleden worden eerst aangezuiverd met liquiditeitsoverschotten bij andere cashpoolleden vooraleer het resterende tekort of overschot bij financiële instellingen ontleend of belegd wordt.

In [Figuur 1](#) wordt het aandeel van de bovenvermelde activiteiten in de totale opbrengsten, het totale resultaat en het totale balanstotaal van de Fluvius System Operator Groep weergegeven. We nemen de totale opbrengst in beschouwing (en niet de omzet – zoals meer gebruikelijk) zodat ook de participaties mee gewogen worden.

De dochtervennootschappen en andere vennootschappen binnen de Fluvius Economische Groep worden buiten beschouwing gelaten. Deze vennootschappen werken immers tegen kostprijs en rekenen al hun kosten door aan Fluvius System Operator. In die zin zijn zij reeds vertegenwoordigd in [Figuur 1](#).

De gereguleerde activiteiten ‘elektriciteits- en aardgasdistributie’ hebben nog steeds het grootste gewicht binnen Fluvius System Operator maar ook de niet-gereguleerde activiteiten vormen een significant deel, dat varieert tussen 9 en 20 procent (afhankelijk van het beschouwde kengetal). De activiteit ‘riolering’ vertegenwoordigt een aanzienlijk deel van de activa, maar genereert slechts een kleiner deel van de opbrengsten en winst. De activiteit ‘kabel en telecom’ en de participaties in Publi-T en Publi-G, daarentegen, vertegenwoordigen een groot deel van de winst. Het resultaat voor de andere energieactiviteiten wordt in grote mate bepaald door de activiteit ‘openbare verlichting’ die verlieslatend is.

Figuur 1: Overzicht van de opbrengsten, het resultaat en het balanstotaal in 2021 per activiteit



5.5 Implicaties van andere activiteiten op de distributienetbeheerder (en/of werkmaatschappij)

In de vorige punten vermeldden we dat de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator tal van andere taken hebben naast hun kerntaken, en welk aandeel dit betreft in het totaal van de activiteiten. Dit terwijl de distributienetbeheerders voor grote uitdagingen staan.

Het uitvoeren van andere taken naast de ‘kerntaken’, als netbeheerder of werkmaatschappij, impliceert het ontstaan van volgende risico’s:

- Er is enerzijds een risico op **operationele kruissubsidiëring** bij toewijzing van mensen en middelen uit de kernactiviteiten aan de ‘andere’ activiteiten. Kruissubsidiëring in ruime zin omvat trouwens ook de uitwisseling van strategische informatie.²⁴ Er is een strikt toezicht van de regulator nodig: de VREG moet erover waken dat er géén kruissubsidiëring plaatsvindt²⁵. Zo moet erover gewaakt worden dat de kosten van personeel en materieel op een correcte wijze over de activiteiten (kern/andere) gealloceerd worden. Anders gezegd: de andere activiteiten kunnen gefinancierd en gedekt worden door de inkomsten uit de kernactiviteiten; hetgeen concurrentievervalsing en dus marktverstoring teweegbrengt.
- Anderzijds kunnen de ‘andere activiteiten’ een invloed hebben op de **financiering en kredietwaardigheid** van de netbeheerder of zijn werkmaatschappij. Niet-gereguleerde activiteiten hebben een hoger risicoprofiel omdat zij in een competitieve markt uitgevoerd worden. Als de rating verslechtert, zullen ook de leningen voor de kernactiviteiten duurder worden. Anders gezegd: de kernactiviteiten worden blootgesteld aan de risico’s van de ‘andere activiteiten’.

Dit zijn de voornaamste risico’s. Er zijn evenwel ook andere risico’s denkbaar. We geven enkele voorbeelden:

- Het risico op taakverwaarlozing, waarbij niet-gereguleerde activiteiten ontplooid worden ten koste van de uitdagingen binnen de gereguleerde activiteiten.
- Het risico op belangenconflicten binnen de gemeenten, die via Fluvius System Operator activiteiten binnen competitieve markten uitoefenen, maar ook de mogelijkheid hebben om hun concurrenten de toegang tot het openbaar domein te ontzeggen.
- Het risico op analoge belangenconflicten binnen Fluvius System Operator zelf, die de mogelijkheid heeft om het gebruik van haar infrastructuur (bijvoorbeeld een elektriciteitspaal als bevestigingspunt voor een bewakingscamera) aan haar concurrenten te ontzeggen of bepaalde informatie of synergiemogelijkheden achter te houden.

²⁴ Zie hiervoor het arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2013: HvJ (Grote Kamer) nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, (Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV)

²⁵ Zie art. 59, lid 1, j) van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn en art. 3.1.3, 1° r) van het Energiedecreet. Het is de taak van de VREG om erover te waken dat er geen sprake is van kruissubsidiëring tussen activiteiten van de distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit voor transmissie, distributie en levering of andere activiteiten die al dan niet met het elektriciteitsgebied te maken hebben

- Ook binnen het kader van de tariefregulering zijn bijkomende risico's niet ondenkbaar. Zo vergroot de informatieachterstand die de regulator heeft ten opzichte van de gereguleerde onderneming, aangezien de regulator de bijkomende structuren en processen binnen de gereguleerde onderneming enkel vanop een afstand kan waarnemen en ook financiële en technische eigenheden van de niet-gereguleerde activiteiten niet kent. Ook wordt de stimulans tot een kostenefficiënte werking door middel van het inkomstenplafond mogelijks afgezwakt. Fluvius System Operator zal eventuele winsten binnen de gereguleerde activiteiten immers niet alleen afwegen ten opzichte van de verlaging van het inkomstenplafond in de volgende reguleringsperiode, maar ook ten opzichte van winsten binnen de niet-gereguleerde activiteiten die ze zonder meer mag houden.

Als een netbeheerder of zijn werkmaatschappij, Fluvius System Operator, 'andere' activiteiten uitoefent, naast kerntaken, zal dit in de boekhouding van Fluvius System Operator sowieso afgezonderd moeten worden als een 'niet-gereguleerde activiteit'.²⁶

Dit neemt niet weg dat een risico op kruissubsidiëring (zie hierboven) blijft bestaan: de netbeheerder of werkmaatschappij kan een prikkel voelen om de kosten inzake de exploitatie van de andere activiteiten te alloceren naar de door (de netbeheerder of) Fluvius System Operator uitgevoerde gereguleerde (kern)activiteiten inzake elektriciteit en aardgas, die gefinancierd worden via de nettarieven.

Er is een sterk gecentraliseerde aansturing en nauwe samenwerking binnen de Fluvius Economische Groep. Het risico op kruissubsidiëring is dan ook reëel. De VREG onderkent dit ook en volgt dit nauwgezet op. Dit wordt uitvoerig beschreven in hoofdstuk 14 van de tariefmethodologie 2021-2024²⁷.

5.6 Conclusie

De Europeesrechtelijke eis dat de netbeheerders hun activiteiten moeten beperken tot hun kerntaken (horizontale ontvlechting), beoogt belangrijke doelstellingen, meer bepaald het vermijden van horizontale kruissubsidiëring, en (daarmee) het tegengaan van belangenvermenging en het vermijden van concurrentievervalsing.

De distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij (= verlengstuk) Fluvius System Operator hebben tal van andere taken naast hun kerntaken; dit terwijl zij voor grote uitdagingen staan.

Het uitvoeren van andere taken naast de kerntaken verhoogt het risico op kruissubsidiëring en kan ook de kredietwaardigheid negatief beïnvloeden omwille van hun meer risicovolle karakter. Dit zijn net die risico's die middels de beperking tot de kerntaken vermeden moeten worden.

Bijgevolg moeten we vaststellen dat de doelstellingen van art. 31, 10^{de} lid niet worden bereikt, en dit artikel niet naar behoren wordt omgezet krachtens het Ontwerpdecreet.

²⁶ Deze vereiste is bepaald door § 13.4 van de Tariefmethodologie voor distributie elektriciteit en aardgas gedurende de reguleringsperiode 2021-2024, en opgelegd aan de distributienetbeheerders in uitvoering van een richtsnoer uit artikel 4.1.32 van het Energiedecreet ("14° de kruissubsidiëring tussen gereguleerde en niet-gereguleerde activiteiten is niet toegestaan").

²⁷ https://www.vreg.be/sites/default/files/Tariefmethodologie/2021-2024/BESL-2022-60/tariefmethodologie_reguleringsperiode_2021-2024_v6.pdf

6 Welke aanpak voor omzetting art. 31, lid 10 - o.m. kerntakendebat

6.1 Stappenplan

Zoals hoger uiteengezet kan een netbeheerder de expliciete toelating krijgen om andere activiteiten, naast zijn kerntaken, uit te oefenen. Deze toelating kan pas gegeven worden als blijkt dat deze andere taken nodig zijn voor de netbeheerder om zijn kerntaken uit te oefenen. De regulator, de VREG, moet deze noodzakelijkheidstoets uitvoeren.

Volgende stappen moeten dus achtereenvolgens gezet worden:

1. Wat zijn de kerntaken van de netbeheerder, en wat niet?

Het gaat om de activiteiten genoemd in deze Vierde Elektriciteitsrichtlijn en in Verordening (EU) 2019/943.

2. Wat zijn de huidige taken van de netbeheerder (of werkmaatschappij)?

In deze stap moeten alle taken van de netbeheerder en (wat DNB's betreft: ook hun werkmaatschappij) in kaart gebracht worden. Het gaat om zowel de door het Energiedecreet of uitvoeringsbesluit(en) opgelegde taken, als de 'vrijwillig' uitgevoerde taken.

3. Welke huidige taken zijn kerntaken, en welke zijn bijgevolg 'andere activiteiten' (verplichte alsook vrijwillige)?
4. Uitvoering van een **noodzakelijkheidstoets** door regulator m.b.t. de 'andere activiteiten' (deze stap geldt niet ingeval van "netwerkactiviteiten")

De VREG moet nazien of de 'andere activiteiten' (met uitzondering van netwerkactiviteiten) van de netbeheerder (dit zijn dus de taken die niet zijn genoemd in de Elektriciteitsrichtlijn en de Verordening (EU) 2019/943), noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de kerntaken van de netbeheerder.

We vroegen in eerder advies van 2020 hoe het zogenaamde kerntakendebat aangepakt zou worden (zie Advies [ADV-2020-20](#) van 27/11/2020, p. 11, citaat hierna). Dit is tot op heden niet uitgeklaard.

Binnen welke termijn en volgens welk proces zal concreet worden nagegaan welke kerntaken en welke "andere activiteiten" door de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij nog kunnen worden uitgevoerd binnen het nieuwe regelgevend kader?

- 5a. Andere activiteit + noodzakelijk voor kerntaken²⁸: expliciete toelating door regelgever → regelgeving

Pas in deze stap, dus na de uitvoering van de noodzakelijkheidstoets, kan de regelgeving worden aangevuld of gewijzigd, waar nodig. Deze stap is dus een laatste stap in het proces dat o.i. nodig is tot omzetting van art. 31, lid 10 (en art. 40, lid 8) van de Vierde Elektricitetsrichtlijn. De voorafgaande stappen, waaronder de (kerntaken)oefening/ noodzakelijkheidstoets – een rol voor de VREG-, vonden echter (nog) niet plaats.

- 5b. Andere activiteit + niét noodzakelijk voor kerntaken²⁹: verbod – afstoten

Een overgangsmaatregel voor verboden, maar op dat moment uitgeoefende activiteiten, is opportuun. Dit is bijvoorbeeld het voorwerp van art. 3 van het Ontwerpdecreet.

Terecht wordt in de Memorie van Toelichting bij het Ontwerpdecreet³⁰ bepaald:

“Een beoordeling van de VREG blijft nog steeds noodzakelijk voor die activiteiten die de netbeheerders zouden uitvoeren maar niet in het Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten genoemd zijn. Dergelijke taken die niets met energie of netbeheer te maken hebben en die door de Richtlijn werden beoogd, hebben de netbeheerders in het kader van de kerntakenoefening ondertussen afgebouwd. Het gaat bijvoorbeeld om: groepsaankoop van stroomzout, GIS-toepassingen, oplossingen voor lokale besturen inzake telefonie, telecom en data-opslag.”

Terecht ook wordt in de memorie aangegeven dat de taken die de netbeheerders uitvoeren, en die geen kerntaken zijn, op hun noodzakelijkheid moeten gescreend worden door de VREG³¹. Impliciet is daarmee tevens bepaald: als deze taken – na toets door de VREG- niet noodzakelijk zijn, moeten zij afgestoten worden.

Ten onrechte echter wordt aangegeven dat deze taken van de netbeheerders ondertussen afgebouwd zijn. Zij geeft daarbij als voorbeelden: *“groepsaankoop van stroomzout, GIS-toepassingen, oplossingen voor lokale besturen inzake telefonie, telecom en data-opslag”*.

Welnu, deze afbouw vond nog niet (volledig) plaats. Op basis van de laatste informatie waarover de VREG beschikt (concreet: ‘methodenota over 2021’) voert Fluvius System Operator deze taken nog steeds uit. Dat de betreffende taken in de loop van 2022 volledig werden afgebouwd, is niet aangetoond, en weinig waarschijnlijk.

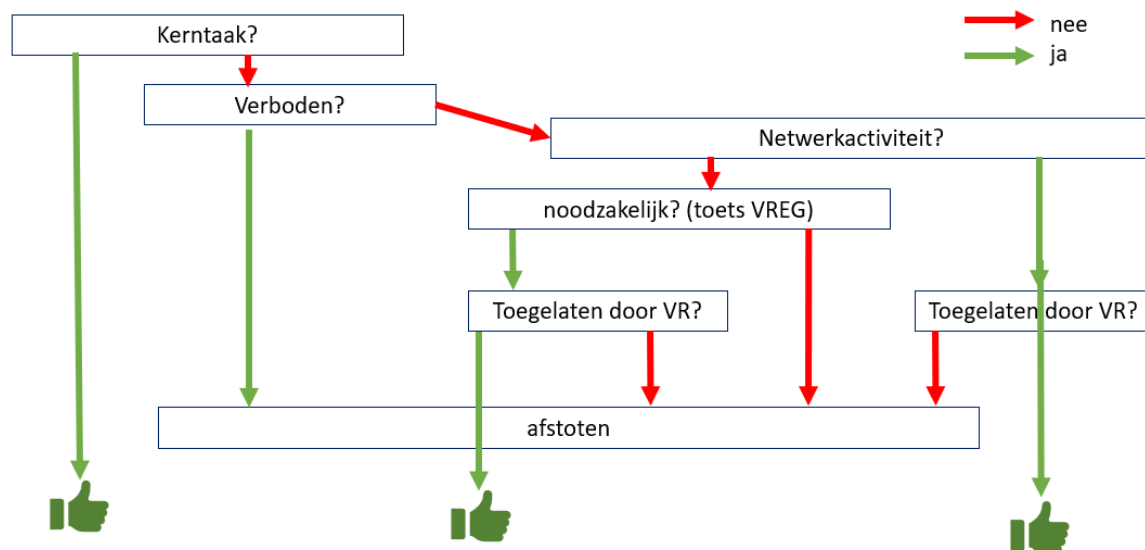
²⁸ Behalve m.b.t. netwerkactiviteiten

²⁹ Behalve m.b.t. netwerkactiviteiten

³⁰ Bij bespreking van art. 4, laatste alinea

³¹ Maar dit geldt volgens ons niet alleen voor de huidige uitgevoerde activiteiten van de netbeheerders die niét in het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten genoemd zijn, maar voor alle taken, ook deze genoemd in Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten

Het stappenplan, hoger vermeld, wordt hierna in stroomschema weergegeven:

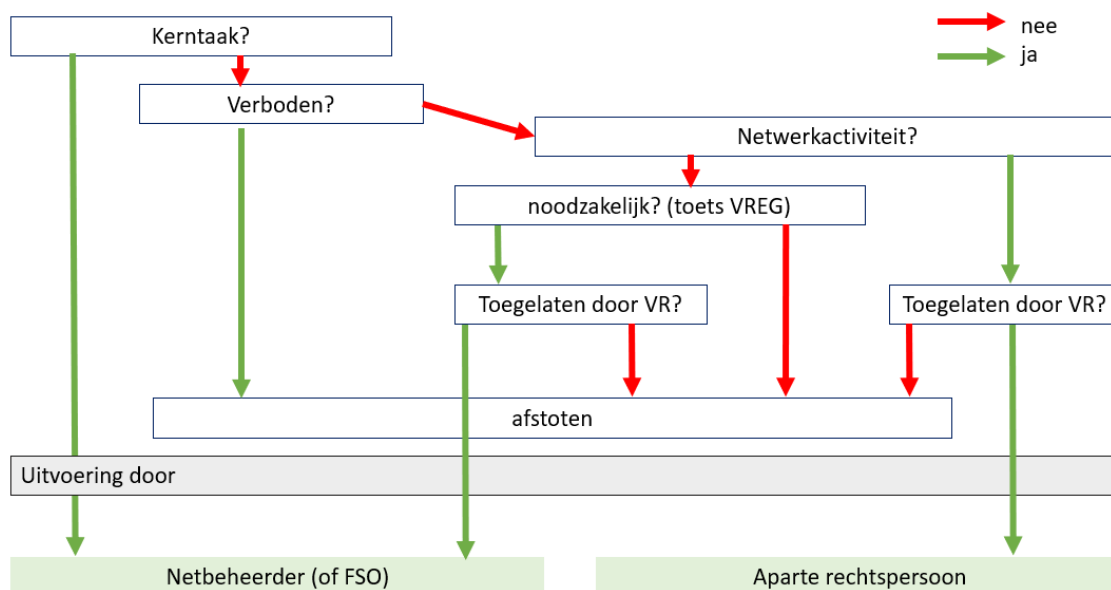


6.2 Wat met toegelaten activiteiten?

De toegelaten taken (cfr. stap 5a in het stappenplan hiervoor) zouden volgens de VREG best als volgt worden behandeld:

- **Toegelaten niet-netwerkactiviteiten** (die de VREG dus noodzakelijk acht voor de uitvoering van de kerntaken): de link met de kernactiviteiten is, gelet op de -door VREG vastgestelde-noodzakelijkheid, dermate sterk dat deze activiteiten best door de netbeheerder of werkmaatschappij zelf uitgevoerd worden. Zij hoeven o.i. dus zeker niet te worden gescheiden van de kerntaken.
- **Toegelaten andere netwerkactiviteiten** (riolering, warmtenetten, telecom, ...): zelfs al krijgt de netbeheerder of werkmaatschappij toelating om deze uit te oefenen, toch acht de VREG het aangewezen dat deze worden ondergebracht in een **aparte entiteit**. We pleiten daarbij dus voor méér dan enkel een gescheiden boekhouding (cfr. 'analytische boekhouding, als vermeld in het Regeerakkoord, zie hoger).

We herhalen hieronder het schema met het stappenplan, met aanduiding van wat o.i. met de activiteiten moet gebeuren.



Fluvius System Operator zou alle niet-kerntaken, die niet als ‘noodzakelijk’ zijn beoordeeld door de VREG, maar die toch toegelaten worden (hetgeen enkel kan m.b.t. netwerkactiviteiten) o.i. dus best overhevelen naar een aparte rechtspersoon, niet zijnde een dochteronderneming (cfr. verlengstuktheorie, hoger).

We verwijzen hiervoor naar de structuurwijziging die Elia in 2019 onderging. Elia System Operator werd omgevormd tot een holding en hernoemd tot ‘Elia Group’. Deze holding heeft belangen in verschillende dochterondernemingen, waaronder een toen nieuw opgerichte dochtervennootschap Elia Transmission Belgium nv (‘ETB’) die als netbeheerder functioneert (en hiertoe werd aangeduid). Zie hiervoor punt 7.

6.3 Wat met niet-toegelaten activiteiten?

Deze taken, die zeker geen kerntaken zijn, maar evenmin toegelaten zijn, en dus niet door de netbeheerder of werkmaatschappij mogen worden uitgeoefend, moeten worden afgestoten. Dit afgestoten betekent o.i. dat deze ook niet door een met de netbeheerder of zijn werkmaatschappij verbonden of geassocieerde onderneming kunnen worden uitgevoerd. (cfr. de definities ‘geassocieerde onderneming’ en verbonden onderneming).

Met een onderneming **geassocieerde** ondernemingen wordt krachtens art. 1.1.3, 84° van het Energiedecreet gedefinieerd als: de ondernemingen, met uitsluiting van de gemeenten en de netbeheerders, waarin de onderneming een deelneming bezit en waarin ze een invloed van betekenis uitoefent op de oriëntatie van het beleid; behoudens tegenbewijs wordt een invloed van betekenis vermoed als de stemrechten die aan deze deelneming verbonden zijn één vijfde of meer vertegenwoordigen van het totaal aantal stemrechten van de aandeelhouders of vennoten van deze ondernemingen.

Deze omschrijving stemt overeen met de omschrijving opgenomen in artikel 12 W.Venn. (art. 1:21 WVV), waarin geassocieerde onderneming gedefinieerd is als *elke andere vennootschap dan een dochtervennootschap waarin een andere vennootschap een deelneming bezit en waarin zij een invloed van betekenis uitoefent op de oriëntatie van het beleid*. Daarbij wordt het geassocieerde karakter van de vennootschap verondersteld (i.e. wettelijk vermoed³²) indien de stemrechten verbonden aan deze deelname één vijfde (20%) of meer van het totaal aantal stemrechten vertegenwoordigen.

Een geassocieerde vennootschap is een vennootschap waarin een vennootschap participeert.

Met een onderneming **verbonden** ondernemingen art. 1.1.3, 85° van het Energiedecreet gedefinieerd als: de ondernemingen, met uitsluiting van de gemeenten en de netbeheerders:

- a) waarover de onderneming een controlebevoegdheid, vermeld in het Wetboek van vennootschappen, uitoefent;
- b) die een controlebevoegdheid, vermeld in het Wetboek van vennootschappen, over de onderneming uitoefenen;
- c) waarmee de onderneming een consortium, vermeld in het Wetboek van vennootschappen, vormt;
- d) die, bij weten van haar bestuursorgaan, onder de controle staan van de ondernemingen, vermeld in a), b) en c).

7 Structuur van netbeheerder Elia Transmission Belgium

Hiervoor, in de punten 5.3 t.e.m. 5.6, gingen we enkel in op de situatie van de distributienetbeheerders, en hun werkmaatschappij. Hierna gaan we in op Elia die als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit ressorteert onder de regionale bevoegdheid en bijgevolg gereguleerd wordt door de Vlaamse energiereguleerder.

7.1 Het Elia-model: de nieuwe structuur van Elia sinds 2020

Eind 2019 onderging Elia een structuurwijziging (realisatie: 31 december 2019).

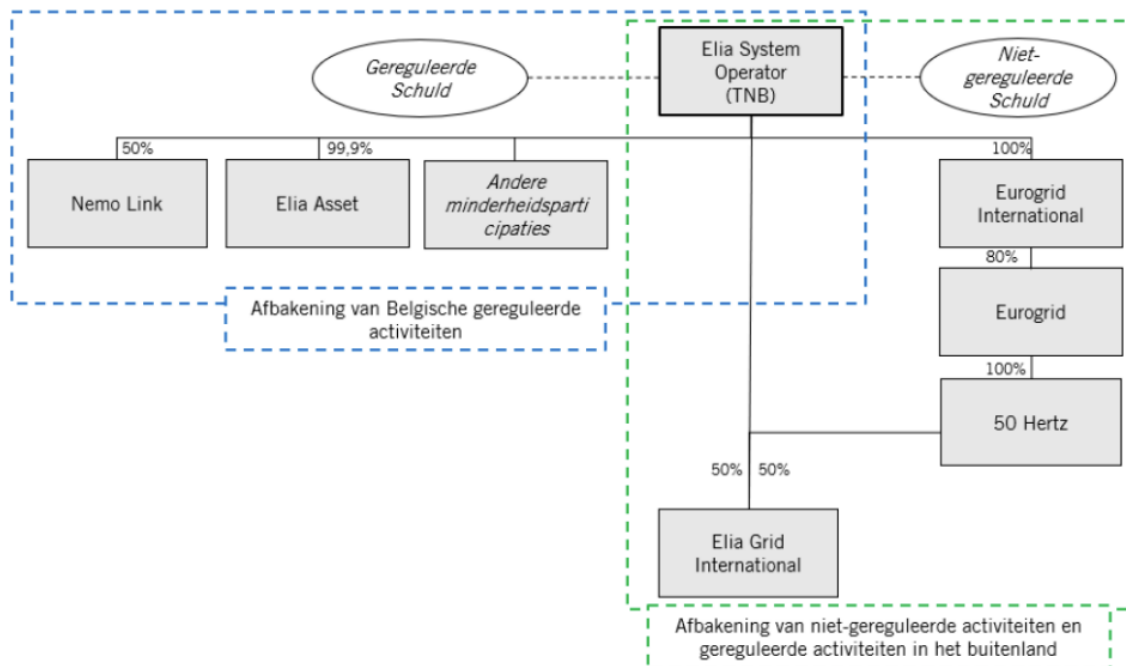
Tot eind 2019 was “Elia System Operator” aangeduid als **netbeheerder**: door de CREG als transmissienetbeheerder, en door VREG als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit.

“Elia System Operator” had tal van **activiteiten**, die als volgt onderscheiden werden:
A. de **netbeheerdersactiviteiten** in België (“gereguleerde activiteiten” genoemd)
B. **andere** activiteiten (“niet-gereguleerde activiteiten” genoemd), dit zijn de niet-netbeheerdersactiviteiten in België, alsook de buitenlandse netbeheerdersactiviteiten.

³² Vennootschappen worden vermoed te zijn geassocieerd in geval van een deelneming van 20%, maar kunnen de toepassing van artikel 12 W.Venn. (art. 1:21 WVV) vermijden door te bewijzen dat ze geen invloed van betekenis uitoefenen op het beleid van de vennootschap waarin ze een deelneming van 20% of meer bezitten

De structuur van de toenmalige netbeheerder Elia System Operator zag er als volgt uit:

Structuur voor de reorganisatie:



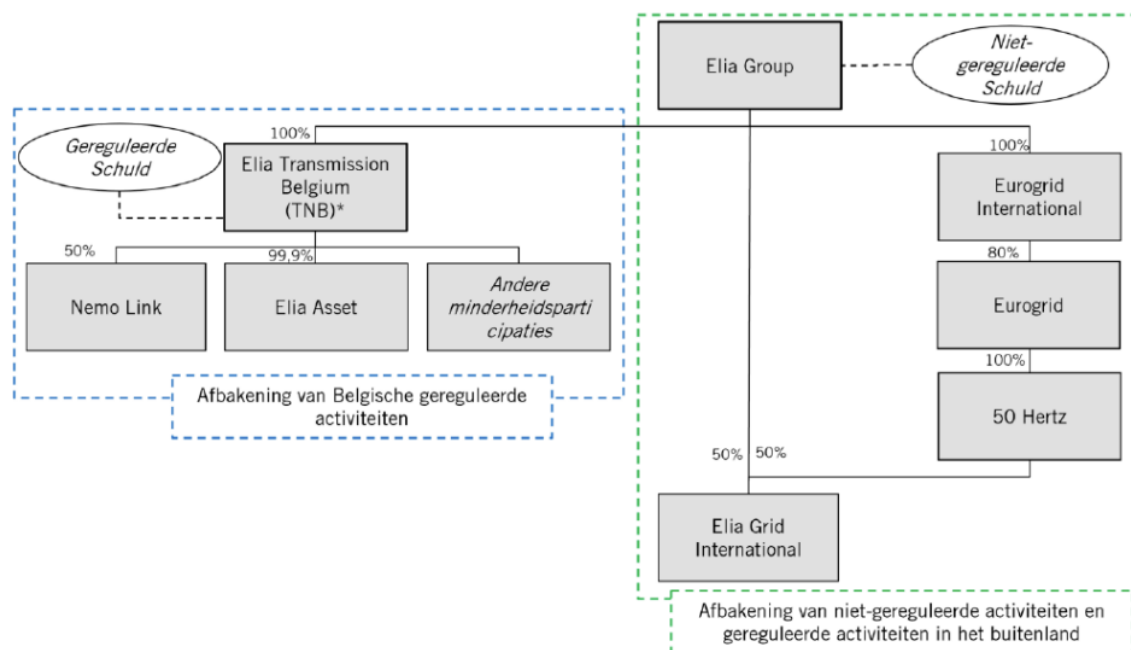
Elia System Operator werd eind 2019 omgevormd tot een **holding** en hernoemd tot **‘Elia Group’**.

Elia Group heeft belangen in verschillende dochterondernemingen, waaronder een toen nieuw opgerichte dochtervennootschap **Elia Transmission Belgium** nv (hierna: ‘ETB’).

ETB functioneert thans als netbeheerder, en hiertoe werd aangeduid: door de CREG als transmissienetbeheerder, en door VREG als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit (BESL-2019-153).

ETB mag enkel zogenaamde “gereguleerde activiteiten” omvatten. **ETB beperkt zich dus, qua activiteiten, tot de netbeheerderstaken in België.** Alle overige activiteiten worden hiervan afgesplitst en worden uitgevoerd door andere entiteiten ressorterend onder Elia Group.

De structuur van Elia sinds 31/12/2019 ziet er schematisch uit als volgt:



7.2 De redenen voor de herstructurering van Elia

De federale energieregulator CREG, die Elia reguleert in zijn hoedanigheid van *transmissienetbeheerder*, drong enkele jaren geleden aan op het scheiden van de zogenaamde “gereguleerde activiteiten” (de **netbeheerdersactiviteiten** in België) en de zogenaamde “niet-gereguleerde activiteiten” (de niet-netbeheerdersactiviteiten in België, alsook de buitenlandse netbeheerdersactiviteiten).

Dit om een duidelijk **onderscheid** te maken tussen deze activiteiten en om **kruissubsidies te vermijden**.

In zijn arrest van 9 januari 2019 bevestigde (ook) het Hof van Beroep te Brussel³³ de noodzaak om de gereguleerde activiteiten te scheiden van de niet-gereguleerde activiteiten.

³³ Arrest: Hof van beroep (Marktenhof), Brussel, 19e kamer, 9 januari 2019 (Rolnr. 2018/AR/13278)

Uit het informatiememorandum voor aandeelhouders in kader van de reorganisatie van 2019:

De nieuwe tariefmethodologie voor 2020-2023 bepaalt onder meer dat de financiering van de niet-gereguleerde activiteiten² van Elia System Operator SA/NV ("ESO") wordt gewaardeerd tegen voorwaarden die gelijkwaardig zijn aan financiering die volledig zou worden gedekt door eigen vermogen. Door de Belgische gereguleerde activiteiten af te schermen van de niet-gereguleerde activiteiten en gereguleerde activiteiten in het buitenland, zal de Reorganisatie **het risico van kruissubsidiëring** tussen enerzijds de Belgische gereguleerde activiteiten en anderzijds de niet-gereguleerde activiteiten en gereguleerde activiteiten in het buitenland **vermijden** en bijgevolg **elke negatieve financiële impact** van de nieuwe tariefmethodologie **op investeringen in niet-gereguleerde activiteiten en gereguleerde activiteiten in het buitenland** vanaf 2020 **voorkomen**.

7.3 Conclusie

Elia (ETB), als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit, beperkt zich op heden al tot zijn 'gereguleerde activiteiten'. Eventuele andere activiteiten worden uitgevoerd door een andere juridische entiteit, weliswaar ressorterend onder eenzelfde holdingmaatschappij.

Tot deze structuur werd bewust overgegaan met het oog op de doelstellingen (in het bijzonder het vermijden van kruissubsidiëring in ruime zin) die opgelegd wordt aan netbeheerders. De betreffende doelstellingen zijn van groot, en algemeen belang³⁴.

Gelet op de nieuwe, verstrengde ontvlechtigingsvereisten (namelijk: thans ook horizontale ontvlechting) moet nu t.a.v. ETB nog een noodzakelijkheidstoets plaatsvinden ten aanzien van diens activiteiten³⁵. In geval bepaalde (niet-netwerk)activiteiten niet noodzakelijk zijn (oordeel VREG) en bijgevolg niet (meer) toegelaten kunnen worden, dan moeten deze activiteiten door ETB worden afgestoten. Dit geldt o.i. in het bijzonder voor (bepaalde, nog te bepalen) ODV's, die thans middels Energiedecreet en Energiebesluit worden opgelegd.

Artikelsgewijze bespreking

Artikel 3

Krachtens art. 3 van het Ontwerpdecreet worden in artikel 4.1.8/1 van Energiedecreet de volgende wijzigingen aangebracht: 1° in het tweede lid wordt tussen het woord "werkmaatschappij" en het woord "diensten" de zinsnede "tot uiterlijk 31 december 2024" ingevoegd; 2° aan het tweede lid wordt de volgende zin toegevoegd: "De netbeheerder of zijn werkmaatschappij kan de uitvoering van de voormelde diensten die voor 31 december 2024 al zijn opgestart, voortzetten tot uiterlijk 31 december 2027."

³⁴ Cfr. supra, met verwijzing naar arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2013: HvJ (Grote Kamer) nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, (Staat der Nederlanden / Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV, Delta NV)

³⁵ Artikel 4 van het Ontwerpdecreet, en de uiteenzetting in dit advies hieromtrent, geldt immers t.a.v. de 'netbeheerder'; dit omvat de distributienetbeheerder én de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit.

Dit houdt een erg lange uitfaseringstermijn in voor de in het licht van de Europese eisen verboden, en dus af te stoten activiteit van de netbeheerder. Het is niet duidelijk waarom deze termijn zo lang hoeft te zijn. De vraag rijst of het behoud, tot 2027, van het uitoefenen van deze conform art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn niet toelaatbare activiteiten, niet in strijd is met deze Europese norm.

Artikel 4

m.b.t. de netbeheerder

Krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet wordt art. 4.1.8/6, **eerste tot en met derde** lid, als volgt gewijzigd:

*~~Distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit **en hun werkmaatschappij** kunnen andere activiteiten verrichten dan databeheer en de activiteiten, vermeld in titel IV, hoofdstuk I, afdeling III, onderafdeling I, afdeling IV, afdeling V/1, onderafdeling III, afdeling VII en afdeling VIII, van [verrichten de activiteiten, vermeld in] dit decreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten en vermeld in Verordening (EU) 2019/943, als die activiteiten nodig zijn om aan hun voormelde verplichtingen en hun verplichtingen krachtens verordening (EU) 2019/943 te voldoen en als de VREG de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld.~~*

[De distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit kunnen andere activiteiten dan vermeld in het eerste lid verrichten, als die activiteiten nodig zijn om aan hun voormelde verplichtingen en hun verplichtingen krachtens verordening (EU) 2019/943 te voldoen en als de VREG de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld.]

De Vlaamse Regering bepaalt op basis van de beoordeling door de VREG, vermeld in het eerste lid, welke activiteiten als vermeld in het eerste lid, de distributienetbeheerders [en], de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit ~~en hun werkmaatschappij~~ kunnen uitvoeren.

Zoals hoger werd geanalyseerd, vormt de verwijzing naar “dit decreet en bijhorende uitvoeringsbesluiten” in het eerste lid een inbreuk op art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn. Dit omdat het Energiedecreet en ‘bijhorende uitvoeringsbesluiten’ activiteiten van de netbeheerder vermelden die niet *genoemd zijn in de Elektriciteitsrichtlijn en in Verordening (EU) 2019/943*, en waarvan evenmin vaststaat dat zij noodzakelijk zijn met het oog op de uitvoering van de kernactiviteiten. Hieraan moet een toets voorafgaan die (nog) uitgevoerd moet worden door de regulator, dus de VREG. Zie hiertoe onder meer het stappenplan, vermeld in punt 6.1.

Deze inbreuk valt niet te remediëren middels een aanpassing van de tekst van het Ontwerpdecreet. Een verwijzing naar ‘de Vierde Elektriciteitsrichtlijn’ in plaats van het ‘Energiedecreet en ‘bijhorende uitvoeringsbesluiten’ is evenmin mogelijk, omdat verwijzen naar een Europese richtlijn, die geen rechtstreekse werking heeft, juridisch niet mogelijk is.

m.b.t. de werkmaatschappij

Krachtens art. 4 van het Ontwerpdecreet zou art. 4.1.8/6, **vierde lid**, als volgt luiden: *“De Vlaamse Regering bepaalt welke andere activiteiten dan de activiteiten, vermeld in het eerste lid, de werkmaatschappij kan uitvoeren.”*

Zoals in dit advies werd geanalyseerd, houdt dit een manifeste inbreuk in op art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn. Om minstens deze inbreuk te remediëren adviseren we tot wijziging/redactie van het nieuwe vierde lid van art. 4 als volgt:

“Dit artikel geldt eveneens voor de werkmaatschappij als een netbeheerder hierop, conform art. 4.1.5, een beroep doet.”