

Advies

van de VREG van 27/06/2023

met betrekking tot het voorstel van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de activiteiten van de netbeheerders betreft, en tot opheffing van artikel 22 van het decreet van 2 april 2021 tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009 tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en tot omzetting van 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

Inhoud

SAMENVATTING	4
1. INLEIDING.....	6
1.1. Aanleiding – eigen initiatief.....	6
1.2. Voorwerp – inhoud van het Voorstel	6
1.3. Voorgeschiedenis – eerder advies	7
1.4. Structuur van dit advies	7
2. EUROPEESRECHTELIJK KADER.....	8
2.1. Horizontale ontvlechting - art. 31, lid 10, Vierde Elektriciteitsrichtlijn.....	8
2.2. Belang van horizontale ontvlechting – <i>ratio legis</i> art. 31,10.....	9
2.2.1. Vermijden kruissubsidiëring, belangenvermenging, concurrentievervalsing	9
2.2.2. Focus op grote uitdagingen - energietransitie	11
2.2.3. Conclusie	12
3. BESPREKING VOORSTEL	13
3.1. Artikel 3 - artikel 4.1.8/1 Energiedecreet	13
3.2. Artikel 4 – art. 4.1.8/6 Energiedecreet	13
3.2.1. Tekst van het Voorstel.....	13
3.2.2. Analyse van de huidige decretale netbeheerderstaken.....	14
3.2.3. Foutieve uitgangspunten bij analyse van decretale netbeheerderstaken.....	15
3.2.4. Wat bepaalt de Elektriciteitsrichtlijn over ODV's als potentiële taak van netbeheerder? .	17
3.2.4.1. De netbeheerder kan openbaredienstverplichtingen opgelegd krijgen.....	17
3.2.4.2. De netbeheerder kreeg effectief tal van ODV's opgelegd	17
3.2.4.3. Een ODV, opgelegd aan netbeheerder, moet de noodzakelijkheidstoets van de regulator doorstaan	18
3.2.4.4. Conclusie	19
3.2.5. Participaties zijn ook activiteiten, en dus enkel mogelijk indien noodzakelijk	19
3.2.6. Draagwijdte noodzakelijkheidstoets	20
3.2.7. Conclusie: Energiedecreet en -besluit in strijd met Elektriciteitsrichtlijn	20

3.3.	Artikel 6 – ‘andere activiteiten’ transmissienetbeheerder en Fluxys	21
3.4.	Artikel 8 – rechtsgrond ODV’s transmissienetbeheerder en Fluxys	22
3.5.	Artikel 9 - overgangsbepaling	23
4.	VOORSTEL AANPAK KERNTAKENDEBAT	23
4.1.	Stappenplan	23
4.2.	Wat met toegelaten activiteiten?	25
4.3.	Wat met niet-toegelaten activiteiten?	26
5.	BIJLAGE 1: ‘andere activiteiten’ van DNB's en Fluvius.....	28
5.1.	Overzicht van ‘andere activiteiten’ van DNB’s en Fluvius SO.....	28
5.2.	Aandeel van “andere activiteiten” in geheel van activiteiten.....	31
6.	BIJLAGE 2: structuur Elia - opdeling kerntaken vs. andere activiteiten	33
6.1.	De nieuwe structuur van Elia sinds 2020	33
6.2.	De redenen voor de herstructurering van Elia	35
6.3.	Conclusie	35

SAMENVATTING

Advies op eigen initiatief over voorstel van decreet inzake activiteiten netbeheerders

Op 19 juni 2023 werd een [voorstel van decreet](#) ingediend in het Vlaams Parlement tot regeling van de activiteiten van de netbeheerders (hierna “Voorstel”). Een groot deel van dit Voorstel maakte initieel deel uit van 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. De VREG gaf op 9 maart 2023 een advies ([ADV-2023-02](#)) over dit Ontwerpdecreet.

Voorliggend advies op eigen initiatief betreft een actualisatie van dit advies [ADV-2023-02](#). We herhalen de elementen die nog steeds relevant zijn en formuleren bijkomende bedenkingen bij nieuwe aspecten in het Voorstel t.o.v. de eerdere bepalingen van het Ontwerpdecreet.

Geen voorafgaand kerntakendebat: foutieve omzetting Vierde Elektriciteitsrichtlijn

In het Voorstel wordt gesteld dat de netbeheerders¹ en hun werkmaatschappij alle activiteiten (moeten/mogen) verrichten die hen opgelegd zijn door het Energiedecreet en Energiebesluit, **zonder voorafgaandelijk het kerntakendebat te voeren**, dat nochtans vereist is krachtens artikel 31, lid 10 en artikel 40, lid 8, van de Elektriciteitsrichtlijn.

Met name wordt niet nagegaan of de (niet-netwerk)activiteiten, die in het Energiedecreet en Energiebesluit zijn opgelegd aan de netbeheerder, wel activiteiten zijn die opgenomen zijn in de Europese Elektriciteitsrichtlijn of -verordening (= “kerntaken”), of activiteiten die nodig zijn om aan deze kerntaken te voldoen, waarbij de energieregulator (*in casu* VREG) de noodzaak van deze dergelijke afwijking (vooraf) moet hebben beoordeeld.²

Openbaredienstverplichtingen (ODV's) zijn zo'n activiteiten die opgelegd zijn aan de netbeheerder in het Energiedecreet en Energiebesluit (bv. het behandelen en toekennen van premies, het opkopen van groenestroom- en warmtekrachtcertificaten tegen minimumsteun, ...). De Raad van State bevestigde in een advies van 4 mei 2022 dat **voor alle ODV's** een dergelijke **noodzakelijkheidstoets vereist** is. De ODV's hebben een aanzienlijk gewicht in de budgetten van de distributienetbeheerders (22% in 2023) en vergen een aanzienlijke IT- en personeelsinzet.

Het Voorstel voorziet weliswaar in de uitfasering van één specifieke ODV, namelijk het uitvoeren van energiediensten aan aandeelhouders of vennoten, maar die uitfasering loopt tot eind 2027, terwijl de richtlijn omgezet moest zijn op 31 december 2020.³

Het voorstel van decreet houdt bijgevolg een **foutieve omzetting in van artikel 31, lid 10 en art. 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn**.

Focus op kerntaken: essentieel voor de energietransitie en in het belang van elke netgebruiker

¹ Het handelt over zowel distributienetbeheerders, als de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit (= Elia Transmission Belgium)

² Het gaat hier niet om netwerkactiviteiten. Een netbeheerder en zijn werkmaatschappij mogen sowieso netwerkactiviteiten ontwikkelen of verder uitvoeren, op voorwaarde dat hen dit toegestaan wordt door de lidstaat of een aangewezen bevoegde instantie.

³ Zie art. 71 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn

Het belang van dit kerntakendebat staat nochtans vermeld in 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.”*

Het kerntakendebat moet er inderdaad voor zorgen dat het bestuur, de directie en het personeel van de netbeheerder en werkmaatschappij de **volledige focus richt op het beheer van zijn net en de aanpassing van dit net in het licht van de energietransitie** (elektrificatie, decentralisatie van productie en daaraan gelinkte noodzaak van flexibiliteit, digitalisering, de uitwisseling van data voor de marktwerking...).

De uitdagingen waarvoor de netbeheerders staan zijn enorm. De middelen (financieel, materiaal, personeel) om die uitdagingen te realiseren zijn beperkt en moeten dus doelgericht ingezet worden. Nu al is vast te stellen dat de versnelling die de energietransitie neemt moeilijk te volgen is door de netbeheerders (o.a. vertraging uitrol digitale meters, klachten over uitvallende omvormers van PV-panelen, ...).

Elke afleiding van de focus op deze kerntaken is ten stelligste te vermijden. Het kan immers snel helemaal fout gaan. Zo leiden de nieuwe ontwikkelingen in het kader van de energietransitie en een laattijdige gepaste aanpak hiervan tot ernstig capaciteitstekorten in bepaalde regio's in Nederland. Als gevolg daarvan zijn er situaties waarbij nieuwe bedrijven niet meer kunnen aansluiten op het elektriciteitsdistributienet of bestaande niet meer uitbreiden.

De focus van de netbeheerder op zijn kerntaken is in het belang van elke netgebruiker. Wij zetten, als regulator, onze instrumenten in om de netbeheerders aan te zetten om hun taken naar behoren uit te oefenen (door het opstarten van handhavingstrajecten die soms leiden tot het opleggen van boetes, door regulering via de tariefmethodologie, de technische reglementen en de investeringsplannen). Maar dit, soms enkel reactieve, optreden, heeft beperkingen. De focus op de kerntaken is daarom verplicht, en dit is wat de Europese regelgever ook vooropstelt.

Andere doelstellingen van het kerntakendebat zijn het **vermijden van kruissubsidiëring** tussen gereguleerde en niet-gereguleerde taken, en daarmee het tegengaan van belangenvermenging en het vermijden van concurrentievervalsing.

Advies Raad van State ten stelligste aangewezen

Gezien de conformiteit met de Europese regels een cruciaal vraagstuk betreft, achten we het **zeer aangewezen** dat het Vlaams Parlement omtrent het Voorstel een **advies van de Raad van State inwint**. De deadline voor omzetting van de bepalingen over de activiteiten van de netbeheerders uit de Vierde Elektriciteitsrichtlijn is al ruimschoots verstreken⁴. Maar dat kan geen reden zijn voor onvoldoende juridische aftoetsing. Daarvoor is de inzet voor de Vlaamse netgebruiker te groot.

⁴ de datum voor finale omzetting was 31 december 2020

1. INLEIDING

1.1. Aanleiding – eigen initiatief

Op eigen initiatief geeft de VREG hierbij advies bij het voorstel van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009 wat de activiteiten van de netbeheerders betreft, en tot opheffing van artikel 22 van het decreet van 2 april 2021 tot wijziging van het energiedecreet van 8 mei 2009 tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees parlement en de raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en tot omzetting van 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, zoals ingediend in het Vlaams Parlement op 19 juni 2023 (hierna “het Voorstel”).

1.2. Voorwerp – inhoud van het Voorstel

Het Voorstel handelt over de mogelijke taken van de netbeheerders (zowel distributienetbeheerder en hun werkmaatschappij Fluvius, als de transmissienetbeheerder en beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit (Elia), als vervoersnetbeheerder (Fluxys).

Het Voorstel bevat hiertoe volgende bepalingen:

- Art. 2: de toevoeging van 2 definities, nl. deze voor beheerder van het vervoersnet, en de “transmissienetbeheerder”;
- Art. 3 (inzake art. 4.1.8/1 Energiedecreet): m.b.t. activiteiten inzake het aanbieden van energiediensten, door de netbeheerder of zijn werkmaatschappij, aan aandeelhouders/vennoten:
 - opheffing van de mogelijke samenwerking met het Vlaams Energiebedrijf
 - uitfasering van deze activiteiten: tegen 31 december 2024 geen nieuwe meer, tegen 31 december 2027: ook de bestaande moeten volledig zijn afgebouwd/afgestoten;
- Art. 4 (inzake art. 4.1.8/6 Energiedecreet): m.b.t. andere (niet-netwerk)activiteiten van de netbeheerder;
- Art. 5 en 6 (inzake nieuw art. 4.1.8/7 Energiedecreet): m.b.t. andere (niet-netwerk)activiteiten van de transmissienetbeheerder en de vervoersnetbeheerder;
- Art. 7 en 8: creatie van een rechtsgrond voor het kunnen bepalen, door de Vlaamse regering, van ecologische ODV in hoofde van de transmissienetbeheerder en vervoersnetbeheerder;
- Art. 9: overgangsbepaling m.b.t. bestaande ‘andere’ (niet-netwerk)activiteiten van de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij: tot 31 december 2027 de tijd om – bij afwezigheid van een positieve beslissing van de Vlaamse Regering, als vermeld in artikel 4.1.8/6, derde lid – die bestaande andere activiteiten dan vermeld in artikel 4.1.8/6, eerste lid af te bouwen.

- Art. 10: schrapping van art. 22 van het decreet van 2 april 2021 tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009. Dit komt erop neer dat de invoeging van een artikel 4.1.8/6 in het Energiedecreet, dat nooit eerder in werking trad, geschrapt wordt.

1.3. Voorgeschiedenis – eerder advies

Eerder maakte (een groot deel van) dit Voorstel deel uit van 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. De VREG gaf op 9 maart 2023 zijn advies ADV-2023-02 over dat ontwerpdecreet. Dat advies handelde in het bijzonder over twee bepalingen, die handelen over de mogelijke activiteiten van netbeheerders en de werkmaatschappij. Deze bepalingen werden nadien geschrapt uit het ontwerpdecreet. Thans maken deze bepalingen – weliswaar in gewijzigde vorm – het voorwerp uit van het Voorstel.

Dit advies betreft dan ook een update van ons eerdere advies ADV-2023-02: we herhalen de elementen die – na wijziging – nog relevant zijn voor het voorliggende Voorstel, en formuleren bijkomend advies m.b.t. eventuele nieuwe aspecten van het Voorstel t.o.v. de eerdere bepalingen van het Ontwerpdecreet.

1.4. Structuur van dit advies

Eerst schetsen we het Europeesrechtelijke **kader** waarin dit Voorstel zich situeert, met onze analyse en bespreking daarvan. We gaan daarbij in op de inhoud én het belang van deze Europese regels.

Vervolgens toetsen we het voorliggende **Voorstel** aan dit Europeesrechtelijke kader. We bespreken de bepalingen in het licht van het Europese regels, en verbinden hieraan onze vaststellingen.

Daarna geven we weer hoe, volgens ons, het Europese kader correct in de Vlaamse regelgeving kan worden geïmplementeerd. We schetsen hiertoe een stappenplan. Het traject tot correcte omzetting van het Europese kader vereist o.i. immers een te doorlopen proces, waarbij het voeren van een **'kernakendebat'** één van de noodzakelijke processtappen is.

2. EUROPEESRECHTELIJK KADER

2.1. Horizontale ontvlechting - art. 31, lid 10, Vierde Elektriciteitsrichtlijn

De decretale bepalingen m.b.t. de activiteiten van de netbeheerder, voorwerp van het Voorstel, volgen uit de Europese regelgeving. De Vierde Elektriciteitsrichtlijn⁵ (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 die kernactiviteiten te voldoen en mits de **noodzakelijkheid** ervan werd beoordeeld door de **regulator**. De noodzakelijkheidseis geldt evenwel niet voor andere **netwerkactiviteiten**. Deze activiteiten moeten wél, net als alle andere niet-kernactiviteiten, expliciet toegelaten worden door de nationale regelgever.⁶

Dit wordt geïdentificeerd als de plicht tot **horizontale ontvlechting**⁷ tussen netbeheerderstaken en andere taken. De Derde Elektriciteitsrichtlijn bepaalde 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. De plicht tot horizontale ontvlechting is dus een versterking van de ontvlechtigingsregels: naast verticaal, moet de netbeheerder nu ook horizontaal ontvlecht zijn. De horizontale ontvlechting (zie hoger) is een specifieke, nieuwe vorm van ontvlechting, en betreft de ontvlechting van kernactiviteiten, enerzijds, en alle andere activiteiten, anderzijds.

Het principe van horizontale ontvlechting is bepaald in **artikel 31, lid 10, van richtlijn (EU) 2019/944** (hierna: "Vierde Elektriciteitsrichtlijn"), dat betrekking heeft op de **distributienetbeheerders** (DNB's):

"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."

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.*

Een gelijkaardige bepaling, meer bepaald art. 40, lid 8 Vierde Elektriciteitsrichtlijn, geldt ook voor de **transmissienetbeheerder**.⁸

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

- 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 uitoefenen, 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.

2.2. Belang van horizontale ontvlechting – *ratio legis* art. 31,10

2.2.1. Vermijden kruissubsidiëring, belangenvermenging, concurrentievervalsing

Ontvlechtingseisen beogen het vermijden van kruissubsidiëring, het tegengaan van belangenvermenging, en het vermijden van concurrentievervalsing. De ontvlechting van activiteiten komt de mededinging ten goede⁹. Dit betreffen dwingende vereisten van algemeen belang. Kruissubsidiëring in ruime zin omvat trouwens ook de uitwisseling van strategische informatie.¹⁰

⁸ 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.”

⁹ Dit wordt ook onderschreven door de decreetgever: zie toelichting bij art. 4 van het Voorstel: “Ontvlechtingseisen, zowel horizontaal als verticaal, zijn erop gericht de mededinging ten goede te komen.”

¹⁰ 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)

Hierop is 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 inzake transmissie en distributie, enerzijds, en andere activiteiten, anderzijds¹¹.

In bijlage 1 geven we een overzicht van de huidige taken van de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator. Daarbij zijn er veel andere taken naast de kerntaken.

De voornaamste risico's van het uitvoeren van andere taken naast de 'kerntaken', zijn de volgende:

- 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.¹² Er is een strikt toezicht van de regulator nodig: de VREG moet erover waken dat er géén kruissubsidiëring plaatsvindt¹³. 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'.

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.

¹¹ Art. 3.1.3, 1°, r) van het Energiedecreet: "Om zijn missie waar te maken, vervult de VREG de volgende taken : 1° toezichthoudende en controlerende taken: [...] r) erover 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;"

¹² 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)

¹³ 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'. Dit is momenteel al het geval voor de activiteiten m.b.t. warmtenetten, glasvezelkabel, etc.¹⁴

Dit neemt niet weg dat een risico op kruissubsidiëring 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 2021-2024¹⁵.

Het uitvoeren van andere taken naast de kerntaken verhoogt dus 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.

2.2.2. Focus op grote uitdagingen - energietransitie

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."

¹⁴ 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").

¹⁵ https://www.vreg.be/sites/default/files/Tariefmethodologie/2021-2024/BESL-2022-60/tariefmethodologie_reguleringsperiode_2021-2024_v6.pdf

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.**”*

2.2.3. Conclusie

De Europeesrechtelijke eis tot **horizontale ontvlechting** van de netbeheerders (de plicht tot het zich beperken tot de kerntaken), beoogt **belangrijke doelstellingen**, meer bepaald het vermijden van horizontale kruissubsidiëring, en daarmee het tegengaan van belangenvermenging en het vermijden van concurrentievervalsing. Het waarborgt ook de focus, van de netbeheerders, op het aangaan van de grote uitdagingen in het kader van de energietransitie.

3. BESPREKING VOORSTEL

Hierna analyseren we het voorliggende Voorstel in het licht van het Europese kader en de inzichten zoals hiervoor beschreven.

3.1. Artikel 3 - artikel 4.1.8/1 Energiedecreet

Artikel 4.1.8/1, tweede lid van het Energiedecreet laat aan de netbeheerder of zijn werkmaatschappij de mogelijkheid om energiediensten aan te bieden aan aandeelhouders/vennoten (rechtstreeks, of onrechtstreeks via een overheidsopdracht uitgeschreven door een andere aanbestedende overheid) of op grond van een openbardienstverplichting. Het derde lid voorziet daarbij in een mogelijkheid tot samenwerking tussen de netbeheerder of zijn werkmaatschappij en het Vlaams Energiebedrijf.

Krachtens art. 3 van het Voorstel worden in dat 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.”

Krachtens dit artikel wordt de mogelijkheid tot het uitvoeren van energiediensten door een netbeheerder of zijn werkmaatschappij uitgefaseerd.

Het afstoten van deze activiteiten is conform de plicht tot horizontale ontvlechting. Er wordt evenwel voorzien in een (lange) uitfaseringstermijn voor het afstoten van deze, in het licht van de Europese eisen, op heden reeds verboden activiteiten van de netbeheerder. Het behoud, tot 2027, van het uitoefenen van deze conform art. 31, lid 10 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn niet toelaatbare activiteiten, is in strijd met deze Europese norm.

Als een uitfasering om praktische redenen toch opportuun is, dan nog is niet duidelijk waarom deze termijn zo lang moet zijn.

3.2. Artikel 4 – art. 4.1.8/6 Energiedecreet

3.2.1. Tekst van het Voorstel

Krachtens art. 4 van het Voorstel wordt een artikel 4.1.8/6 van het Energiedecreet ingevoegd. (Een vorige versie van een gelijkaardig artikel, dat nog niet in werking trad, wordt krachtens art. 10 van het Voorstel geschrapt.).

Het nieuw in te voegen artikel zou luiden als volgt:

“Art. 4.1.8/6. Distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit en hun werkmaatschappij verrichten de activiteiten vermeld in dit decreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten en vermeld in verordening (EU) 2019/943.

De distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit en hun werkmaatschappij 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. Met behoud van toepassing van artikel 4.1.8/5 kan deze beoordeling van de noodzaak geen betrekking hebben op het bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren van netwerken die geen elektriciteitsdistributienetten of aardgasdistributienetten zijn.

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

3.2.2. Analyse van de huidige decretale netbeheerderstaken

In de toelichting bij art. 4 van het Voorstel wordt geheel terecht gesteld: *“Het Energiedecreet en het Energiebesluit bevatten talrijke bepalingen die de netbeheerders toelaten of verplichten om diverse soorten activiteiten te verrichten. Een algemene verwijzing naar de activiteiten vermeld in het Energiedecreet en Energiebesluit als zijnde activiteiten waarvoor de noodzakelijkheid niet door de regulator dient te worden beoordeeld, is slechts mogelijk indien al deze activiteiten ook “genoemd worden in de Vierde Elektriciteitsrichtlijn of de Elektriciteitsverordening””.*

Uit de toelichting bij art. 4 van het Voorstel blijkt dat daarom werd nagegaan of de in het Energiedecreet en -besluit vermelde activiteiten, conform de Europese regels, en meer bepaald art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn, zijn. Meer bepaald werd nagegaan of de taken/activiteiten die thans in Energiedecreet en -besluit bepaald zijn, ook *“genoemd worden in de Vierde Elektriciteitsrichtlijn of de Elektriciteitsverordening”*.¹⁶

Daarbij werd als volgt te werk gegaan: de activiteiten werden ingedeeld in (5) categorieën:

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
- participaties in De Stroomlijn cv (klantencontactcenter), Synductis (coördinatie en aanspreekpunt bij infrastructuurwerken) en Atrias cv (clearing house-platform);

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

Categorie 4: algemene verplichtingen van toepassing op alle types van elektriciteits- en aardgasbedrijven, inclusief de netbeheerders.

Hiermee doelt de decreetgever blijkbaar op de universele dienstverlening “noodleverancier” (genoemd in artikel 27 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn) en de bescherming van kwetsbare afnemers (genoemd in artikel 28 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn). Gelijkaardige bepalingen zijn van toepassing voor aardgasbedrijven, inclusief de aardgasdistributienetbeheerders.

¹⁶ cfr. toelichting onder bespreking van art. 4

Categorie 5: de openbaredienstverplichtingen (ODV's)

In de toelichting worden 3 soorten ODV's onderscheiden:

1. ODV's die géén economische activiteit inhouden (zoals: 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: aanbieden van energiediensten aan aandeelhouders/vennoten).

Volgens de toelichting is geen noodzakelijkheidstoets van de VREG vereist met betrekking tot de activiteiten behorende tot categorieën 1 tot en met 4.

Met betrekking tot de 5^{de} categorie, de ODV's, wordt geponeerd dat de analyse afhangt van de betrokken activiteit. De decreetgever poneert dat art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn níet 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. Dit omdat art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn enkel zou handelen over 'marktactiviteiten'.

Bijgevolg wordt enkel als problematisch, want strijdig met art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn geacht: de activiteiten van de netbeheerders inzake energiediensten. De decretale basis hiervoor wordt dan ook gewijzigd: deze activiteiten moeten worden afgebouwd (cfr. art. 3 van het Voorstel). De netbeheerder moet deze dus afstoten (middels uitfasering).

3.2.3. Foutieve uitgangspunten bij analyse van decretale netbeheerderstaken

Na de uiteenzetting met betrekking tot de screening van de thans in het Energiedecreet vermelde taken van de netbeheerder (en de conclusie dat slechts 1 taak geschrapt moet worden), schrijft de decreetgever (toelichting bij art. 4, p.7):

“Een beoordeling van de VREG blijft nog steeds noodzakelijk voor die activiteiten die de netbeheerders zouden uitvoeren maar niet in het Energiedecreet of uitvoeringsbesluiten genoemd zijn.”

Echter, niet enkel met betrekking tot de 'andere', niet in het Energiedecreet of -besluit of Verordening vermelde activiteiten moet een noodzakelijkheidstoets uitgevoerd worden door de VREG (behouden netwerkactiviteiten), maar ook met betrekking tot de in het Energiedecreet of -besluit vermelde activiteiten.

Deze noodzakelijkheidstoets heeft een veel ruimer toepassingsgebied dan wat de decreetgever voorhoudt. We zijn het dan ook niet eens met de in het vorige punt vermelde analyse van de huidige, in het Energiedecreet bepaalde activiteiten, in het licht van art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn, om volgende redenen:

1. Accessoria of modaliteiten van kerntaken >< voor kerntaken “noodzakelijk” (categorie 2)

Het Voorstel gaat uit van de veronderstelling dat activiteiten die beschouwd kunnen worden als deelactiviteiten, accessoria of modaliteiten van de net- en databeheeractiviteiten van

de netbeheerder, activiteiten betreffen waarvoor geen (noodzakelijkheids)beoordeling van de VREG nodig is.

Het is echter 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 aansluiten bij andere activiteiten die de DNB al in portefeuille heeft.”¹⁷

Er moet een daadwerkelijke noodzakelijkheidstoets uitgevoerd worden, én die toets moet bovendien uitgevoerd worden *door de regulator*, niet door de decreetgever. Er kan in het kader van dit advies geen voorafname gedaan worden met betrekking tot concrete taken, en dus concrete decretale bepalingen.

2. Algemene verplichtingen van elektriciteitsbedrijven (categorie 4)

Het Voorstel maakt ook melding van ‘algemene verplichtingen van toepassing op alle types van elektriciteitsbedrijven’. Daarbij wordt specifiek verwezen naar de aanduiding van een noodleverancier (art. 27 Elektriciteitsrichtlijn), en de ‘bescherming van kwetsbare afnemers’ (art. 28 Elektriciteitsrichtlijn).

We gaan niet akkoord met de stelling dat deze activiteiten buiten het toepassingsgebied van art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn vallen. De waarborg van universele dienstverlening (waarbij de lidstaten een noodleverancier kunnen aanwijzen), en de plicht tot het nemen van passende maatregelen om eindafnemers te beschermen, is perfect samenleesbaar met art. 31, lid 10, eerste zin en artikel 40, lid 8, eerste zin in die zin dat als bepaalde taken aan de netbeheerder worden opgelegd in het kader van deze “algemene verplichtingen”, wel eerst nagegaan moet worden of deze taken onlosmakelijk verbonden zijn met de kerntaken (en er dus *quasi* deel van uitmaken) dan wel noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van die kerntaken. Zo niet, dan moet die taak aan een andere instantie worden toevertrouwd.

Ook hieromtrent geldt: het vergt een concrete analyse van deze (en alle andere) taken, om hierover te oordelen. Dit advies heeft niet als voorwerp het kerntakendebat zelf te voeren en in het kader daarvan de noodzakelijkheidstoets uit te voeren.

Eigenlijk geldt hier eenzelfde argumentatie als wat hierna uiteengezet wordt inzake de ODV's, zie het volgende punt.

3. Enkel bepaalde ODV's >> alle ODV's vereisen noodzakelijkheidstoets (categorie 5)

Vervolgens: de decreetgever gaat ervan uit dat art. 31, lid 10, eerste zin, en artikel 40, lid 8, 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. toelichting, p. 7).

¹⁷ 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 álle ODV's is de noodzakelijkheidstoets vereist**, hetgeen de Raad van State reeds bevestigde (zie advies nr. 71.322/3 van 4 mei 2022¹⁸). 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 en artikel 40, lid 8, die een noodzakelijkheidstoets voorschrijven voor alle “andere” (niet in de Elektriciteitsrichtlijn en in Verordening (EU) 2019/943 genoemde) activiteiten van de netbeheerder, is van toepassing op álle ODV's.

Voorbeelden daarvan zijn: de activiteiten van de netbeheerder als noodleverancier (zie vorige punt), 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 openbaredienstverplichting worden gekwalificeerd. We gaan hier verder op in onder het volgende punt.

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

3.2.4.1. De netbeheerder kan openbaredienstverplichtingen 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 daarom gemeld worden aan de Europese Commissie, die dan 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.

3.2.4.2. De netbeheerder kreeg effectief tal van ODV's opgelegd

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

¹⁸ 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 energieprijzen 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 energieprijzen’. Zie ook verder in het advies

De Vlaamse ODV's werden in 2019 al eens door de VREG in kaart gebracht: ons [ODV-rapport uit 2019](#)¹⁹ 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. Enkele voorbeelden van sociale ODV's die rusten op de distributienetbeheerder:
 - A) het vervullen van de rol van **noodleverancier**
 - B) het vervullen van de rol van **sociale leverancier**
 - C) het vervullen van de rol van **uitzonderingsleverancier**²⁰
- **Ecologische ODV's**: deze 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 belangrijkste in deze categorie zijn:
 - A) het toekennen van een minimumsteun voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen via **de aankoop van groenestroomcertificaten** ('GSC'), evenals toekennen van een minimumsteun voor de productie van elektriciteit uit kwalitatieve warmtekrachtinstallaties via de **aankoop van warmtekrachtcertificaten** ('WKC')
 - B) **premies** voor energiebesparende werkzaamheden aan distributienetgebruikers in het kader van rationeel energieverbruik ('REG')

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).

3.2.4.3. Een ODV, opgelegd aan netbeheerder, moet de noodzakelijkheidstoets van de regulator doorstaan

De vraag rijst hoe art. 9 en art. 31, lid 10 en art. 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn samengelezen moeten worden: staan de ODV's los van de beoordeling van de activiteiten van de

¹⁹ zie [RAPP-2019-11](#)

²⁰ de term 'uitzonderingsleverancier' komt niet voor in de regelgeving (artt. 5.5.1, 5.5.2, 5.5.4, 5.5.5, 5.2.1, §1 en 5.2.2, §3 van het Energiebesluit). De term wordt gebruikt als een restcategorie om de rol te duiden van de distributienetbeheerder in de overige gevallen waarin hij optreedt als leverancier, niet zijnde als sociale leverancier of noodleverancier. Een aantal van die gevallen worden geregeld in Energiebesluit, terwijl dat voor andere gevallen niet zo is. Daarbij neemt de distributienetbeheerder in de feiten de levering over, bij gebrek aan alternatief.

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 en art. 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn volgt dat activiteiten die geen kernactiviteiten²¹ 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). ODV's die aan de netbeheerder worden opgelegd, betreffen een activiteit waarvan de regulator de noodzakelijkheid moet beoordelen conform art. 31, lid 10 en art. 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

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.”²²

3.2.4.4. Conclusie

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

3.2.5. Participaties zijn ook activiteiten, en dus enkel mogelijk indien noodzakelijk

²¹ i.e. niet in richtlijn (EU) 2019/944 en verordening (EU) 2019/943 genoemde taken

²² 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 energieprijzen 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 energieprijzen’, randnummer 5.3.

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 van de distributienetbeheerder: zie bijlage 1.

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.**

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

3.2.6. Draagwijdte noodzakelijkheidstoets

Wat betreft de blauwe tekst in het 2^{de} lid van het voorgestelde nieuwe art. 4.1.8/6:

*De distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit en hun werkmaatschappij 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. **Met behoud van toepassing van artikel 4.1.8/5 kan deze beoordeling van de noodzaak geen betrekking hebben op het bezitten, ontwikkelen, beheren of exploiteren van netwerken die geen elektriciteitsdistributienetten of aardgasdistributienetten zijn.***

Deze passage handelt over de draagwijdte van de noodzakelijkheidsbeoordeling, uit te voeren door de VREG.

In de toelichting wordt als motivering vermeld: “*want dit is conform de richtlijn voorbehouden aan de lidstaat (te weten de decreetgever en bij delegatie de uitvoerende macht) en niet de regulerende instantie.*”

De juridische meerwaarde van de zin lijkt ons nihil. Als het de bedoeling is om zeer duidelijk te maken dat de regulering (incl. noodzakelijkheidsbeoordeling) van ‘**activiteiten**’ (bepaald in art. 4.1.8/6 en /7) geldt onverminderd wat bepaald is inzake bezit, ontwikkeling, beheer en exploitatie van “**andere netten**” (in art. 4.1.8/5) (= geen noodzakelijkheidsbeoordeling), zou de toevoeging van “**met behoud van de toepassing van art. 4.1.8/5**” aan het begin van art. 4.1.8/6, 2^{de} lid (DNB en Fluvius) alsook van art. 4.1.8/7, 2^{de} (Elia) en 3^{de} lid (Fluxys), o.i. correcter zijn.

Daarmee is meteen ook aangegeven dat niet duidelijk is waarom de passage (blauwe tekst) wél in art. 4.1.8/6, dat handelt over de taken van de DNB, Elia als plaatselijk vervoernetbeheerder, en werkmaatschappij Fluvius SO wordt ingevoegd, maar niet in art. 4.1.8/7, dat handelt over de taken van Elia als transmissienetbeheerder, en Fluxys. Er is geen verantwoord onderscheid.

3.2.7. Conclusie: Energiedecreet en -besluit in strijd met Elektriciteitsrichtlijn

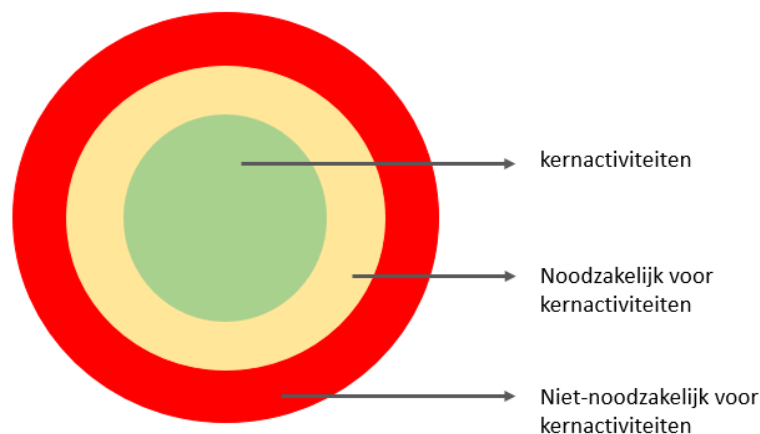
Het Voorstel (meer bepaald art. 4) gaat er foutief van uit dat alle taken die thans in Energiedecreet en het Energiebesluit vermeld staan, reeds zogenaamde kerntaken zijn van de netbeheerder, i.e. taken ‘genoemd in de Elektriciteitsrichtlijn of Verordening (EU) 2019/943’.

Echter, in het ‘Energiedecreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten’ zijn er 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. Deze noodzakelijkheidstoets moet nog uitgevoerd worden door de regulator, dus de VREG.

Doordat het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten taken bevatten die geen kerntaken zijn is het Energiedecreet sowieso nu al in strijd met art. 31, lid 10 en art. 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn.

Het Voorstel heft deze strijdigheid niet op. Daartoe moeten eerst het Energiedecreet ‘en de uitvoeringsbesluiten’ gescreend worden, en moet met betrekking tot alle vermelde (niet-netwerk)taken een noodzakelijkheidstoets door de VREG worden uitgevoerd, waarna de nodige aanpassingen aan het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten worden aangebracht, alvorens art. 4 van het Voorstel, als voorgesteld, in werking kan treden.

Schematisch: het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten (lees: het Energiebesluit) bepalen op dit moment 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 4.1).



3.3. Artikel 6 – ‘andere activiteiten’ transmissienetbeheerder en Fluxys

Dit artikel betreft de invoering van een nieuw artikel 4.1.8/7 in het Energiedecreet, en handelt over andere (niet-netwerk)activiteiten van de transmissienetbeheerder en de vervoersnetbeheerder, weliswaar voor zover het om activiteiten zou handelen die ressorteren onder de gewestelijke bevoegdheid. Dit betreft een omzetting van artikel 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn, althans voor wat betreft de transmissienetbeheerder.

Dit heeft voor gevolg dat de transmissienetbeheerder (Elia) en de beheerder van het vervoersnet (Fluxys) ook andere activiteiten kunnen verrichten die betrekking hebben op gewestelijke bevoegdheden dan degene vermeld in het eerste lid van het nieuwe artikel 4.1.8/7, maar dit enkel voor zover zij nodig zijn om aan hun voormelde verplichtingen te voldoen en als de VREG de noodzaak van een dergelijke afwijking heeft beoordeeld, en nadat de Vlaamse Regering deze activiteiten expliciet toestaat.

Artikel 7 van het Voorstel gaat uit van de veronderstelling dat Elia als transmissienetbeheerder, en Fluxys als vervoersnetbeheerder, op heden geen (gewestelijke) ‘andere’ activiteiten uitvoeren. Zo niet zouden deze immers, na inwerkingtreding van het Voorstel, in strijd zijn met het nieuwe artikel 4.1.8/7 van het Energiedecreet.

Dezelfde opmerkingen gelden als voor artikel 4, dat handelt over de andere (niet-netwerk)activiteiten van de distributienetbeheerder of zijn werkmaatschappij, en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit.

3.4. Artikel 8 – rechtsgrond ODV’s transmissienetbeheerder en Fluxys

Krachtens artikel 8 van het Voorstel wordt een rechtsgrond gecreëerd voor het bepalen van ecologische ODV ten aanzien van Elia (als transmissienetbeheerder) en Fluxys.

Toelichting decreetgever:

“Aangezien de vaststelling van taken aangaande de nieuwe energiebronnen (met uitzondering van kernenergie) en het rationeel energiegebruik op land een exclusieve gewestbevoegdheid uitmaken, wordt nu ook ten aanzien van de transmissienetbeheerder en de beheerder van het vervoersnet een bepaling in het Energiedecreet ingevoegd ter omzetting van artikel 40, lid 8 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn. Ook wordt voorgesteld om de transmissienetbeheerder en de beheerder van het vervoersnet toe te voegen aan het lijstje van marktpartijen aan wie ecologische openbardienstverplichtingen kunnen worden opgelegd.”

Dezelfde opmerking, als vermeld bij de bespreking van artikel 4 geldt: elke ‘andere’ activiteit, dus ook een ecologische ODV, die aan Elia (als transmissienetbeheerder) en Fluxys wordt opgelegd, moet voorafgegaan worden door een **noodzakelijkheidstoets**, uit te voeren door de VREG. Zie hiertoe punt 4.1.4.

Gezien dit artikel de rechtsgrond invoegt op basis waarvan nieuwe ODV kunnen worden ingesteld, moet het Voorstel worden **aangemeld bij de Europese Commissie**, die kan oordelen of deze ODV’s conform de voorwaarden zijn, i.e. of zij voldoen aan de eisen gesteld door art. 9 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn. Minstens zal elk uitvoeringsbesluit, waarbij een nieuwe ODV wordt ingesteld op basis van de thans gecreëerde rechtsgrond, aangemeld moeten worden bij de Europese Commissie.

Artikel 9, lid 4 van de Vierde Elektriciteitsrichtlijn: *“De lidstaten delen de Commissie na de omzetting van deze richtlijn alle maatregelen mee 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. Zij stellen de Commissie vervolgens om de twee jaar in kennis van alle wijzigingen van die maatregelen, ongeacht of deze maatregelen een ontheffing van deze richtlijn vereisen.”

3.5. Artikel 9 - overgangsbepaling

Krachtens artikel 9 van het Voorstel wordt een overgangsbepaling in het Energiedecreet ingevoegd m.b.t. bestaande ‘andere’ (niet-netwerk)activiteiten van de distributienetbeheerders en hun werkmaatschappij: tot 31 december 2024 hebben ze de tijd om – bij afwezigheid van een positieve beslissing van de Vlaamse Regering, als vermeld in artikel 4.1.8/6, derde lid – die bestaande andere activiteiten dan vermeld in artikel 4.1.8/6, eerste lid af te bouwen.

Middels deze overgangsbepaling is voorzien in een tijdelijk juridisch vangnet voor alle huidige activiteiten van de netbeheerder, in afwachting van de uitvoering van een beoordeling van deze activiteiten (cfr. kerntakendebat, zie stappenplan) en een daarbij horende beslissing (toelating of niet).

Dit vangnet is terecht tijdelijk: het omhelst tegelijkertijd een uitfasering. Op datum van 31 december 2024 zijn alle “andere” (niet-netwerk)activiteiten *contra legem*, nl. in strijd met artikel 4.1.8/6, eerste lid.

Onder die “andere” activiteiten moet hier begrepen worden: *“andere activiteiten dan vermeld in artikel 4.1.8/6, eerste lid”* en dus: *“activiteiten vermeld in dit decreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten en vermeld in verordening (EU) 2019/943.”*

De activiteiten die de netbeheerder (of werkmaatschappij) bijgevolg verricht op basis van het Energiedecreet of -besluit of de verordening (EU) 2019/943, blijft – ook na 31 december 24 - conform het Energiedecreet. Onze visie is dat ook de activiteiten die bepaald zijn in het Energiedecreet of -besluit onderworpen zijn aan een noodzakelijkheidstoets van de VREG, en dus het stappenplan (kerntakendebat) moeten doorlopen, maar dit betreft kritiek op art. 4 van het Voorstel, waarnaar we verwijzen.

4. VOORSTEL AANPAK KERNTAKENDEBAT

4.1. 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 (behoudens indien het gaat om netwerkactiviteiten). 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 de 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. alle 'andere activiteiten' (deze stap geldt niet in geval 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.

5a. Andere (niet-netwerk)activiteit + **noodzakelijk** voor kerntaken: **expliciete toelating** door regelgever (in regelgeving).

Pas in deze stap, dus na de uitvoering van de noodzakelijkheidstoets (stap 4), kan de regelgeving worden aangevuld of gewijzigd, waar nodig.

In geval van een andere *netwerk*activiteit kan deze stap gezet worden zonder de noodzakelijkheidstoets van de VREG. Het komt de regelgever toe te beslissen welke netwerkactiviteiten de netbeheerder kan vervullen.

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 Elektriciteitsrichtlijn. De voorafgaande stappen, waaronder de (kerntaken)oefening/ noodzakelijkheidstoets – een rol voor de VREG –, vonden echter (nog) niet plaats.

5b. Andere activiteit + **niét noodzakelijk** voor kerntaken²³: verbod → **afstoten** + evt. schrapping bepalingen Energiedecreet en/of -besluit

Het instellen van een overgangsmaatregel voor verboden, maar op dat moment uitgeoefende activiteiten, is in tussentijd opportuun.²⁴

Terecht wordt in de toelichting bij het Voorstel²⁵ bepaald:

²³ Behalve m.b.t. netwerkactiviteiten

²⁴ En dit maakt het voorwerp uit van het Voorstel : nl. art. 9

²⁵ Bij bespreking van artikel 4

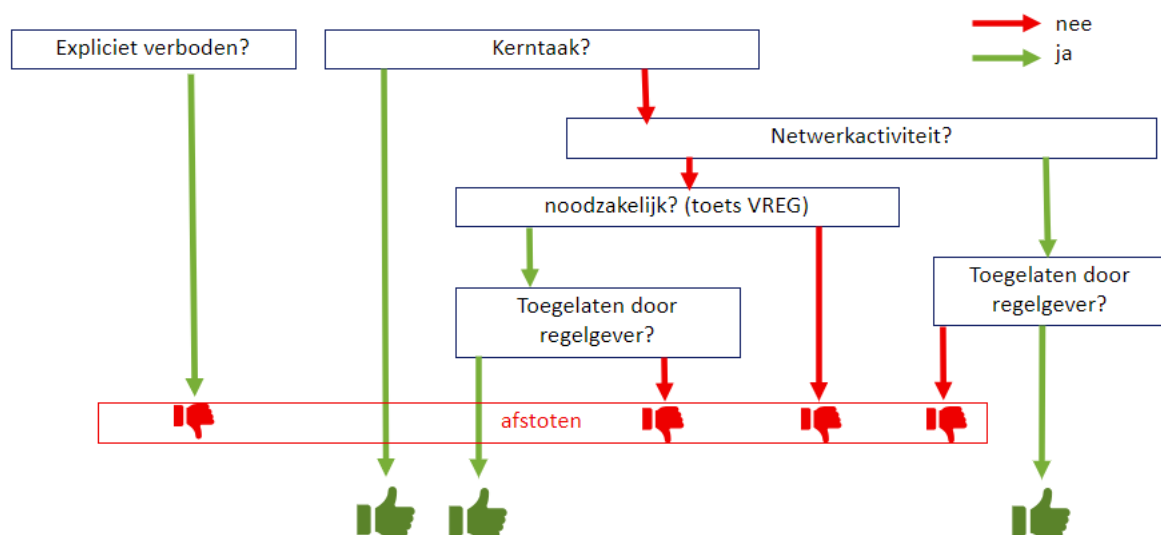
“Een beoordeling van de VREG blijft nog steeds noodzakelijk voor die activiteiten die de netbeheerders zouden uitvoeren maar niet in het Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten genoemd zijn. Dergelijke taken die niets met energie of netbeheer te maken hebben en die door de Richtlijn werden beoogd, hebben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

Terecht ook wordt in de toelichting aangegeven dat de taken die de netbeheerders uitvoeren, en die geen kerntaken zijn, op hun noodzakelijkheid moeten gescreend worden door de VREG²⁶. Impliciet is daarmee tevens bepaald: als deze taken – na toets door de VREG – niet noodzakelijk zijn, moeten zij afgestoten worden.

Hieromtrent worden bepaalde voorbeelden gegeven. Hoewel enerzijds (ten onrechte) gesteld wordt dat deze taken van de netbeheerders *ondertussen afgebouwd zijn*, wordt bij de voorbeelden in de toelichting vermeld dat bepaalde taken *in afbouw zijn*: “groepsaankoop van stroomzout (contracten zijn aflopend), GIS-toepassingen (is volledig stopgezet), oplossingen voor lokale besturen inzake telefonie, telecom en data-opslag (werd intussen, mits twee kleine uitzonderingen, volledig overgedragen)”.

De afbouw van deze taken vond immers inderdaad 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 ondertussen zouden zijn afgebouwd, is onwaarschijnlijk, en wordt in de toelichting van het Voorstel ook bevestigd.

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



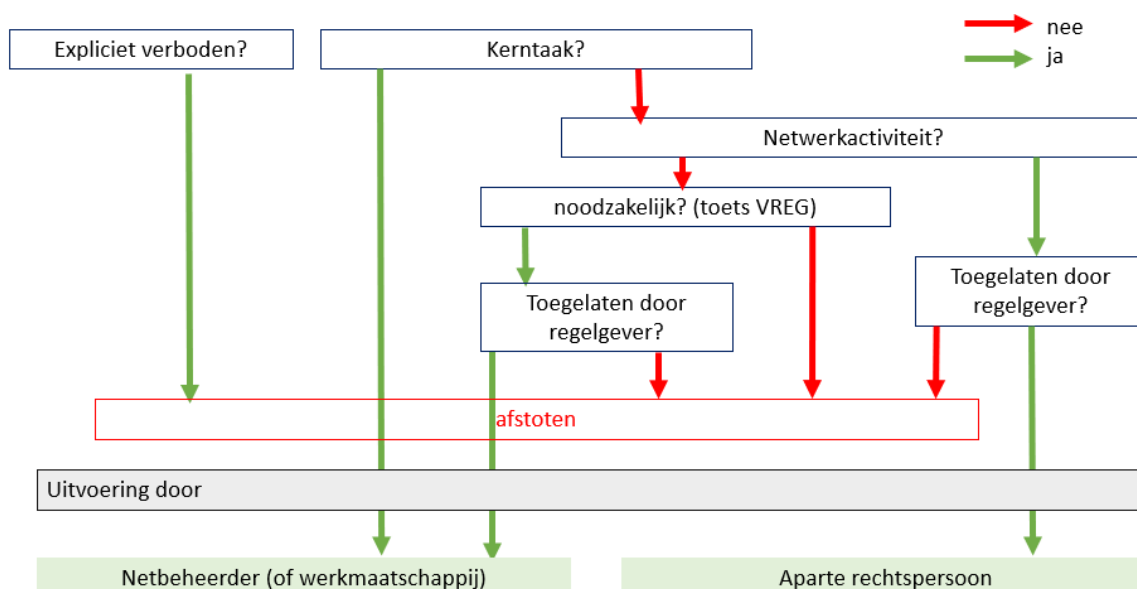
4.2. Wat met toegelaten activiteiten?

²⁶ Maar dit geldt volgens ons niet alleen voor de huidige uitgevoerde activiteiten van de netbeheerders die niet in het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten genoemd zijn, maar voor alle taken, ook deze genoemd in het Energiedecreet en uitvoeringsbesluiten. We verwijzen hiervoor naar 5.2.2 = bespreking van artikel 4 van het Voorstel.

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 bijkomende aanduiding (onderaan) 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 o.i. enkel kan m.b.t. netwerkactiviteiten) o.i. dus best overhevelen naar een aparte rechtspersoon, niet zijnde een dochteronderneming.

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 bijlage 2

4.3. Wat met niet-toegelaten activiteiten?

Deze taken, die zeker geen kerntaken zijn, noch expliciet toegelaten zijn, en dus niet door de netbeheerder of werkmaatschappij mogen worden uitgeoefend, moeten worden afgestoten. Dit afstoten betekent o.i. ook dat elke deelneming in een onderneming die dergelijke activiteiten uitvoert, verboden moet zijn.

Concreet zou artikel 3.1.13 van het Energiebesluit, dat thans enkel het participatieverbod in het kader van de verticale ontvlechting bevat, uitgebreid moeten worden, zodat deze ook de horizontale ontvlechting zou bevatten.

Artikel 3.1.13 van het Energiebesluit luidt op dit moment als volgt:

“De netbeheerder en de werkmaatschappijen houden geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan, in welke vorm ook, in producenten, invoerders van buitenlands aardgas, houders van een leveringsvergunning, tussenpersonen, aanbieder van energiediensten, ESCO's, aggregatoren of in de met die ondernemingen verbonden of geassocieerde ondernemingen.

Deze bepaling zou volgens ons veel ruimer moeten worden bepaald: **de deelneming, door de netbeheerder of de werkmaatschappij, in ondernemingen die activiteiten verrichten die niet vermeld zijn in het Energiedecreet of uitvoeringsbesluiten, is verboden.** Er zou dus bepaald moeten zijn dat elke rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming, in welke vorm ook, in ondernemingen die activiteiten verrichten die de netbeheerder (of de werkmaatschappij) zelf krachtens het Energiedecreet (en in het bijzonder artikelen 4.1.8/5, 4.1.8/6 en 4.1.8/7) niet mag verrichten, verboden is. Waarbij hetzelfde geldt voor de met deze ondernemingen verbonden of geassocieerde ondernemingen.

Voor gemeenten geldt dit deelnameverbod niet.

Hierna worden de definities van de begrippen ‘geassocieerde onderneming’ en ‘verbonden onderneming’ weergegeven.

‘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 vermoed²⁷) 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 in een bepaalde mate participeert.

²⁷ 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.

‘Met een onderneming **verbonden** ondernemingen’ wordt krachtens 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).*

5. BIJLAGE 1: ‘andere activiteiten’ van DNB's en Fluvius

5.1. Overzicht van ‘andere activiteiten’ van DNB’s en Fluvius SO

Naast de kernactiviteiten hebben de Vlaamse distributienetbeheerders, en hun werkmaatschappij Fluvius System Operator, nog verschillende andere activiteiten.

Het gaat vooreerst om activiteiten die zij *vrijwillig* opnemen. 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. 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 koudnetten in 15 gemeenten. Deze activiteit staat onder het toezicht van de VREG.
- **Kabel en telecom** Fluvius Antwerpen, Fluvius Limburg, Fluvius West en PBE zijn eigenaar van de kabel distributienetten in 103 Vlaamse gemeenten in eigendom. Zij onderhouden en beheren deze ook. Deze activiteit zal mee ondergebracht worden in de nieuwe onderneming Wyre (zie hieronder).
- **Glasvezelnetwerk** de aanleg van een glasvezelnetwerk is gestart als 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 System Operator heeft op 19 juli 2022 kenbaar gemaakt dat het de bedoeling is om samen

met Telenet een aparte entiteit ('Wyre', eerder aangeduid met werknaam 'Netco') op te richten met als doel o.a. een glasvezelnetwerk in Vlaanderen uit te rollen.²⁸

- **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 ODV (conform artikel 6.4.1/7 van het Energiebesluit). Fluvius biedt ook financiële ondersteuning en ontzorging van de lokale besturen aan die geen ODV betreffen, zoals de modernisering van de openbare verlichtingsnetten en de opmaak van lichtplannen; dit omvat bijvoorbeeld het voorzien in armaturen en (LED-)lampen voor openbare verlichting.
- **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%).

²⁸ <https://pers.fluvius.be/fluvius-en-telenet-bereiken-bindend-akkoord-over-samenwerking-rond-het-datanetwerk-van-de-toekomst>

- **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 uitdagende 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.

Naast deze vrijwillig opgenomen 'andere activiteiten', zijn er ook de *verplichte*, en dus gereguleerde activiteiten, waarvan evenwel (bij gebrek aan kerntakendebat) nog niet helemaal vaststaat of dit

kerntaken, of daartoe noodzakelijke taken, zijn. We verwijzen hiervoor naar punt 3.2.4.2, waar we dieper ingaan op deze activiteiten, en meer bepaald op de ODV's.

Taken die, na analyse, geen kerntaken of daartoe noodzakelijke taken blijken te zijn, betreffen eveneens 'andere' activiteiten van de netbeheerder of werkmaatschappij.

5.2. Aandeel van "andere activiteiten" in geheel van activiteiten

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

We geven enkele voorbeelden om dit te staven:

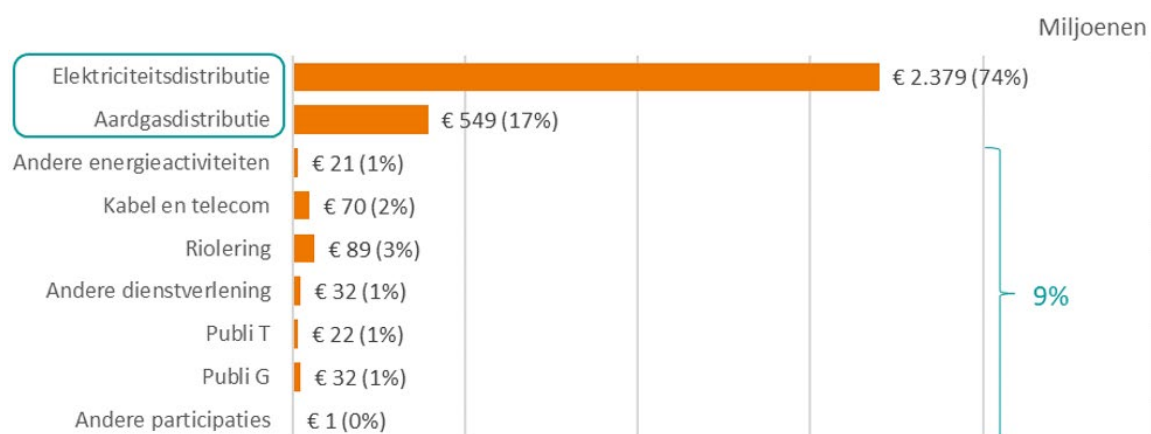
- Binnen de Fluvius Economische Groep wordt gewerkt met één controlling model. Alle verrichtingen worden dus centraal verwerkt. De toewijzing van kosten aan de verschillende distributienetbeheerders en activiteiten zit in het Fluvius controlling model omsloten.
- De distributienetbeheerders hebben geen 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 de onderstaande figuur 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.

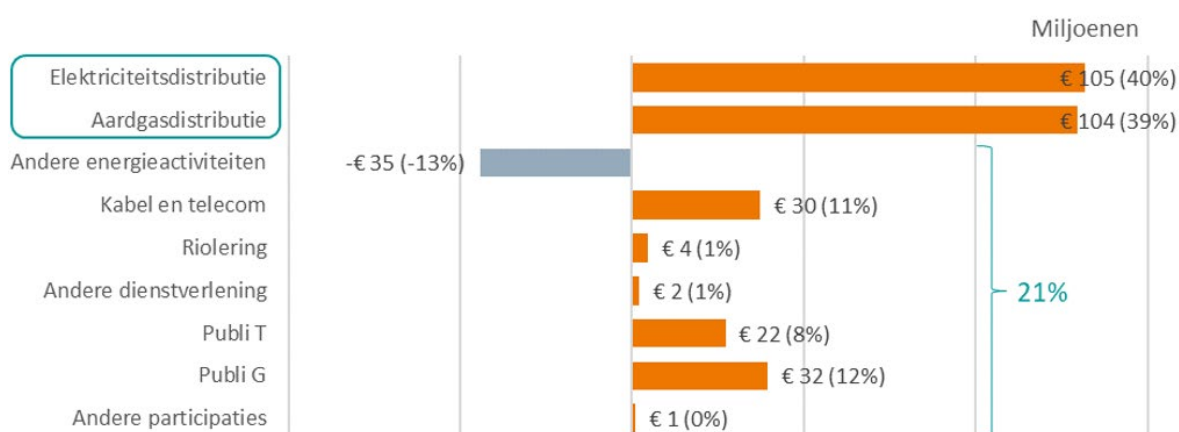
De dochtervennootschappen en andere vennootschappen binnen de Fluvius Economische Groep worden buiten beschouwing gelaten. Deze vennootschappen werken immers tegen kostprijs en rekenen al hun kosten door aan Fluvius System Operator. In die zin zijn zij reeds vertegenwoordigd in Figuur 1.

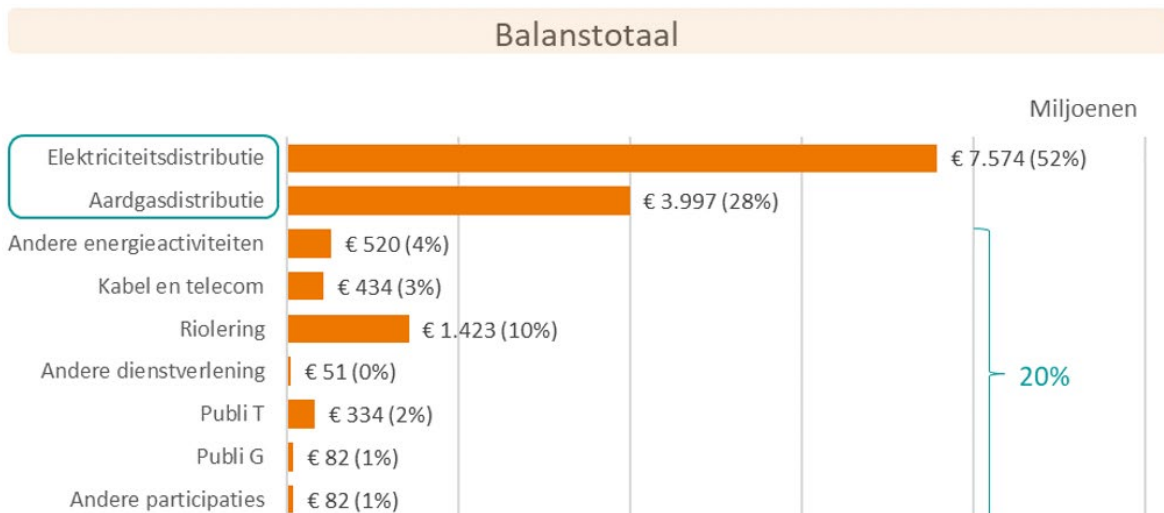
Daaruit blijkt dat de gereguleerde activiteiten ‘elektriciteits- en aardgasdistributie’ nog steeds het grootste gewicht hebben binnen Fluvius System Operator. Maar ook de niet-gereguleerde activiteiten vormen een significant deel, dat varieert tussen 9 en 20 procent (afhankelijk van het beschouwde kengetal). 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.

Opbrengsten



Winst/Verlies





6. BIJLAGE 2: structuur Elia - opdeling kerntaken vs. andere activiteiten

6.1. De nieuwe structuur van Elia sinds 2020

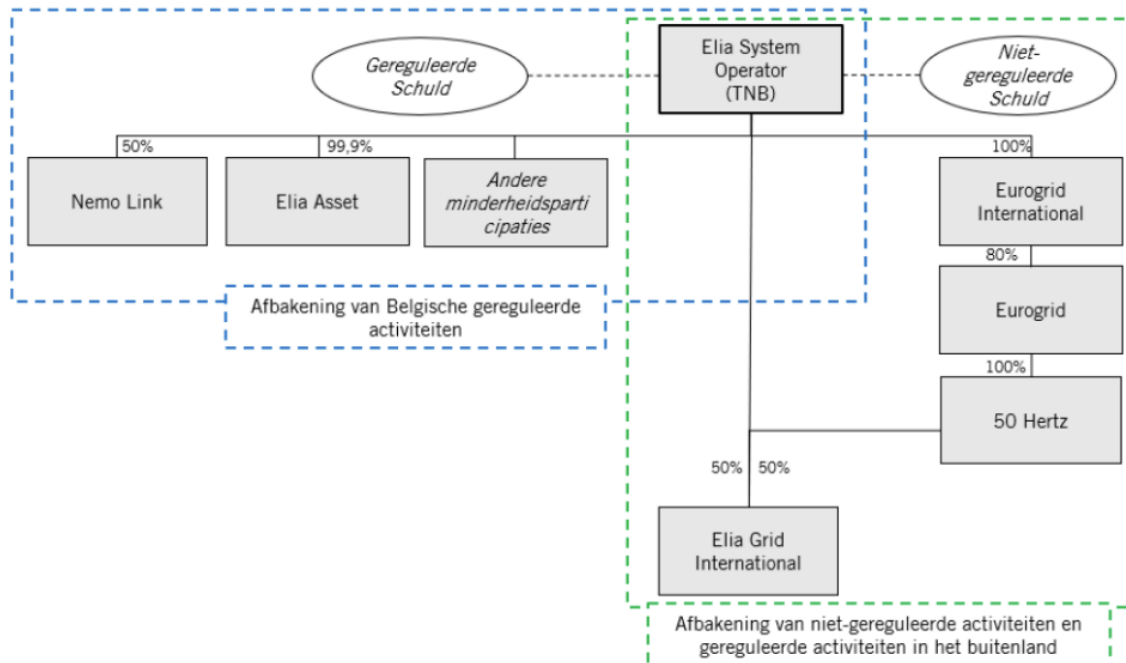
Eind 2019 onderging Elia een structuurwijziging (realisatie: 31 december 2019).

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.

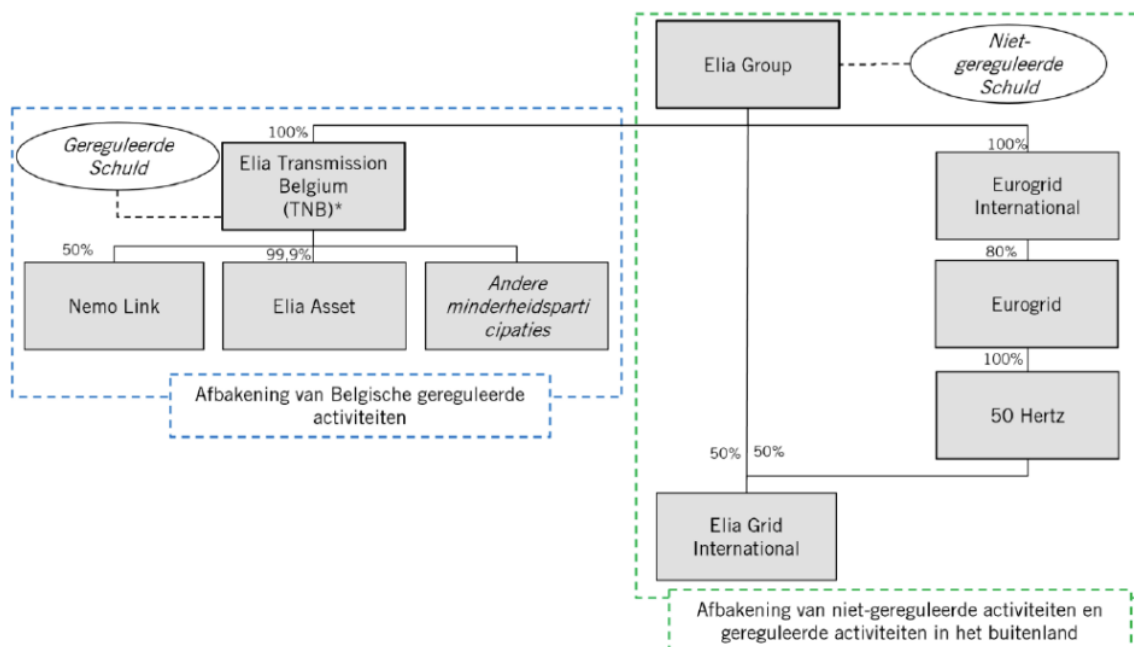
De structuur van de toenmalige netbeheerder Elia System Operator zag er als volgt uit:

Structuur voor de reorganisatie:



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

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



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.

6.2. 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 Brussel²⁹ de noodzaak om de gereguleerde activiteiten te scheiden van de niet-gereguleerde activiteiten.

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.**

6.3. 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 belang³⁰.

²⁹ Arrest: Hof van beroep (Marktenhof), Brussel, 19e kamer, 9 januari 2019 (Rolnr. 2018/AR/13278)

³⁰ 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)

Gelet op de nieuwe, verstrengde ontvlechtigingsvereisten (namelijk: thans ook horizontale ontvlechting) moet nu t.a.v. ETB wel nog een noodzakelijkheidstoets plaatsvinden ten aanzien van diens activiteiten.

In geval bepaalde (niet-netwerk)activiteiten niet noodzakelijk zijn³¹ en bijgevolg niet (meer) toegelaten kunnen worden, dan moeten deze activiteiten door ETB worden afgestoten. Dit geldt o.i. in het bijzonder voor (reeds bepaalde of nog te bepalen) ODV's, die middels Energiedecreet en Energiebesluit worden opgelegd.

³¹ i.e. naar het oordeel van de bevoegde regulator, zijnde VREG voor Elia als beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit