

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 102443_2/18

Betreft zaak: Bezwaar x-factorbesluit 2007 Delta Netwerkbedrijf B.V.

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren van Delta Netwerkbedrijf B.V. tegen het besluit tot vaststelling van de doelmatigheidsfactor voor het jaar 2007 voor Delta Netwerkbedrijf B.V.

I. Inleiding

1. Bij besluit van 5 september 2006, met kenmerk 102140-1/4, heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') de doelmatigheidsfactor (hierna: 'x-factor') vastgesteld voor het jaar 2007 (hierna: het 'x-factorbesluit 2007' of 'bestreden besluit') voor Delta Netwerkbedrijf B.V. (hierna: 'DNWB'). Het x-factorbesluit 2007 is vastgesteld in het kader van de derde reguleringsperiode elektriciteit. Tegen dit besluit is op 16 oktober 2006 door DNWB pro forma bezwaar gemaakt.
2. DNWB is in de gelegenheid gesteld het pro forma ingediende bezwaarschrift te motiveren tot 6 weken nadat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'Cbb') uitspraak heeft gedaan inzake het beroep tegen het besluit van 27 juni 2006 tot vaststelling van de methode van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering en van het rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld ingevolge artikel 41, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 voor de jaren 2007 tot en met 2009 (hierna: het 'Methodebesluit')¹.
3. Op 13 juni 2008 heeft het Cbb uitspraak gedaan inzake het beroep tegen het Methodebesluit². Bij brief van 24 juni 2008 is DNWB door de NMa verzocht of en zo ja welke gronden van bezwaar zij wenst te handhaven in het licht van deze uitspraak. Bij brief van 4 augustus 2008 heeft DNWB vervolgens de gronden aangevuld.

¹ Besluit met nummer 102106-89.

² AWB 05/754, 05/759, 05/762 en 05/765.

4. Op 10 november 2008 is DNWB verschenen op een hoorzitting ten kantore van de NMa, waarbij DNWB de gronden van het bezwaar op een aantal punten nader mondeling heeft toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 8 januari 2009 aan DNWB is verzonden. Op 14 januari 2009 is een aanvulling ontvangen, die aan het verslag is toegevoegd.

II. Wettelijk kader

5. In de onderhavige procedure zijn de volgende wettelijke bepalingen van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: 'E-wet') van belang.

Artikel 41

De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt na overleg met de gezamenlijke netbeheerders en met representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt, met inachtneming van het belang dat door middel van marktwerking ten behoeve van afnemers de doelmatigheid van de bedrijfsvoering en de meest doelmatige kwaliteit van het transport worden bevorderd, voor netbeheerders, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, van de kwaliteitsterm en van het rekvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vast.

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing voor vaststelling van de methode tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering en van het rekvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld voor de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet.

3. De korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering heeft onder meer ten doel te bereiken dat de netbeheerder in ieder geval geen rendement kan behalen dat hoger is dan in het economische verkeer gebruikelijk en dat de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid van de netbeheerders wordt bevorderd.

(...)

Artikel 41a

1. Ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 41b, stelt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit voor iedere netbeheerder afzonderlijk voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar vast:

a. de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering,

(...)

Artikel 41b

Iedere netbeheerder zendt jaarlijks voor 1 oktober aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit een voorstel voor de tarieven die deze netbeheerder ten hoogste zal berekenen voor de uitvoering van de taken genoemd in artikel 16, eerste lid, met inachtneming van:

- a. het uitgangspunt dat de kosten worden toegerekend aan de tariefdragers betreffende de diensten die deze kosten veroorzaken,
- b. de tariefstructuren vastgesteld op grond van artikel 36 of 37,
- c. het bepaalde bij of krachtens artikel 41a, en
- d. de formule

$$TI_t = \left(1 + \frac{cpi \pm x + q}{100}\right) TI_{t-1}$$

waarbij

TI_t = de totale inkomsten uit de tarieven in het jaar t, te weten de som van de vermenigvuldiging van elk tarief in jaar t en het op basis van artikel 41a, eerste lid, onderdeel c, vastgestelde rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld;

TI_{t-1} = de totale inkomsten uit de tarieven in het jaar voorafgaande aan het jaar t, te weten de som van de vermenigvuldiging van elk tarief in jaar t-1 en het op basis van artikel 41a, eerste lid, onderdeel c, vastgestelde rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld;

cpi = de relatieve wijziging van de consumentenprijsindex (alle huishoudens), berekend uit het quotiënt van deze prijsindex, gepubliceerd in de vierde maand voorafgaande aan het jaar t, en van deze prijsindex, gepubliceerd in de zestiende maand voorafgaande aan het jaar t, zoals deze maandelijks wordt vastgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek;

x = de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering;

q = de kwaliteitsterm, die de aanpassing van de tarieven in verband met de geleverde kwaliteit aangeeft.

(...)

Artikel 41c

1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit stelt de tarieven, die kunnen verschillen voor de verschillende netbeheerders en voor onderscheiden tariefdragers, jaarlijks vast.

2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan de tarieven die zullen gelden in het jaar t corrigeren, indien de tarieven die golden in dat jaar of de jaren voorafgaande aan het jaar t:

- a. bij rechterlijke uitspraak of met toepassing van artikel 6:18 van de Algemene wet bestuursrecht zijn gewijzigd;

- b. zijn vastgesteld met inachtneming van onjuiste of onvolledige gegevens en de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit, indien hij de beschikking had over juiste of volledige gegevens, tarieven zou hebben vastgesteld die in aanmerkelijke mate zouden afwijken van de vastgestelde tarieven;
 - c. zijn vastgesteld met gebruikmaking van geschatte gegevens en de feitelijke gegevens daarvan afwijken.
- (...)

III. Gronden van bezwaar

6. In het aanvullend bezwaarschrift van 4 augustus 2008 en in de pleitnota van 10 november 2008 zijn kort samengevat de navolgende bezwaargronden aangevoerd tegen het x-factorbesluit 2007.

Onvolledige correctie van ORV-kosten

7. DNWB stelt dat de Raad in strijd met de wet, met de Overeenkomst Regulering Nettarieven Elektriciteit (2001-2006) van 26 mei 2003 (hierna: de 'Reguleringsovereenkomst') en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de kosten van Objectiveerbare Regionale Verschillen (hierna: 'ORV') pas vergoed vanaf de derde reguleringsperiode en niet met terugwerkende kracht vanaf de eerste en tweede reguleringsperiode in het bestreden besluit.

Afwijzing verzoek om vergoeding alle ORV-kosten waterkruisingen

8. Tevens stelt DNWB dat de Oosterschelde en de Westerschelde niet tot het verzorgingsgebied van Delta behoren, waardoor de vergoeding van ORV-kosten voor waterkruisingen ontoereikend is.
9. *Verzoek vergoeding kosten bezwaarfase*
Tot slot verzoekt DNWB om vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) die zij heeft moeten maken voor het voeren van onderhavige bezwaarprocedure.

IV. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

10. De Raad zal eerst de wijze van tarifiering op grond van de E-wet alsmede het erkennen en toepassen van ORV in reguleringsbesluiten uiteen zetten.

Tarifering op grond van de E-wet

11. Op basis van artikel 41c, eerste lid, van de E-wet stelt de Raad jaarlijks de transporttarieven vast. Bij het vaststellen van de transporttarieven past de Raad onder meer een x-factor toe, die is vastgesteld krachtens artikel 41a van de E-wet. Ingevolge artikel 41, derde lid, van de E-wet heeft de x-factor onder meer tot doel te bereiken dat de netbeheerder in ieder geval geen rendement kan behalen dat hoger is dan in het economisch verkeer gebruikelijk is en dat de gelijkwaardigheid in de doelmatigheid van de netbeheerders wordt bevorderd. De x-factor wordt vastgesteld voor een periode van minimaal drie en maximaal vijf jaar, welke periode in de praktijk een ‘reguleringsperiode’ wordt genoemd. De onderhavige periode wordt aangeduid als ‘derde reguleringsperiode’ omdat het de derde keer is dat de x-factoren zijn vastgesteld.
12. De x-factor wordt berekend conform het Methodebesluit, dat wordt vastgesteld op grond van artikel 41, eerste lid, van de E-wet. In het Methodebesluit heeft de Raad bepaald hoe de hiervoor vermelde wettelijke doelstellingen kunnen worden behaald. Uit recente jurisprudentie³ volgt dat de Raad met betrekking tot zijn keuze hoe de uit artikel 41, derde lid, van de E-wet voortvloeiende doelstellingen het best gerealiseerd kunnen worden, de nodige beoordelingsruimte heeft. Hierbij zijn in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar.
13. Bij de tariefregulering kan rekening worden gehouden met regionale verschillen. De wetsgeschiedenis⁴ vermeldt dat het mogelijk is dat verschillen in tarieven blijven bestaan in verband met objectieerbare factoren die per regio kunnen verschillen. Onder ORV moet worden verstaan: verschillen in kosten tussen netbeheerders die structureel leiden tot verschillen in inkomsten. Deze kosten houden verband met objectieve factoren die buiten de invloedssfeer van de netbeheerder liggen en waarmee slechts een of enkele netbeheerders worden geconfronteerd. Deze factoren leiden bovendien tot substantiële kosten voor de netbeheerder(s) met een structureel karakter.
14. Het bestaan van eventuele ORV kan zowel tariefsverhogingen als tariefsverlagingen rechtvaardigen. Door het erkennen van ORV kan naar het oordeel van de Raad de wettelijke doelstelling “*bevorderen gelijkwaardigheid in de doelmatigheid*” beter worden behaald. Het rekening houden met ORV is een mogelijkheid voor de Raad om ervoor te zorgen dat de inkomsten van een netbeheerder beter aansluiten op de kosten.

³ CBB, 13 juni 2008, AWB 06/617, en AWB 06/622 en 06/632, alsmede CBB, 8 juli 2008, AWB 08/377, 378, 381/ 383 en 384.

⁴ Zie onder meer Kamerstukken II 1998/99, 26 303, nr. 3, blz. 6 en 15, en nr. 7, blz. 30; Kamerstukken I 1998/99, 26 303, nr. 225c, blz. 35.

15. De Raad stelt zich op het standpunt dat hij blijkens de wetsgeschiedenis van de wetgever een ruime beoordelingsruimte heeft gekregen om ORV te erkennen en deze uiteindelijk te verwerken in de transporttarieven, om op deze wijze wettelijke doelstellingen – zoals verwoord in artikel 41, derde lid, van de E-wet – te behalen.
16. Indien de Raad van mening is dat bij een bepaalde netbeheerder ORV moeten worden verwerkt in de transporttarieven, dan rijst vervolgens de vraag in welk besluit hij daarover een beslissing moet nemen.
17. De Raad is van oordeel dat hij in een voorkomend geval bij de vaststelling van een methodebesluit ORV dient te erkennen. De wetgever heeft de Raad de bevoegdheid gegeven om ORV als grootheden bij de vaststelling van het methodebesluit en de x-factor te betrekken. Na erkenning in een methodebesluit kunnen ORV in de x-factor van de individuele netbeheerders worden opgenomen. Vervolgens kunnen de ORV-kosten in de tarieven van netbeheerders worden verwerkt, op grond van de wettelijke formule van artikel 41b, onderdeel d, van de E-wet.

Onderzoek ORV en de verwerking daarvan

18. De Raad wijst erop dat hij (aanvankelijk de directeur DTe) sinds de inwerkingtreding van de Wet wijziging OEPS⁵ bevoegd is om de x-factoren voor iedere netbeheerder afzonderlijk vast te stellen. De netbeheerders elektriciteit hebben met de toenmalige directeur DTe⁶ de Reguleringsovereenkomst van 26 mei 2003 gesloten. Partijen hebben daarbij afspraken gemaakt met betrekking tot de regulering van transporttarieven elektriciteit voor de eerste en tweede reguleringsperiode. In de Reguleringsovereenkomst is afgesproken dat ten behoeve van de derde reguleringsperiode onderzocht zou worden in hoeverre het noodzakelijk is gevolg te geven aan de wens van de netbeheerders om ORV in de tariefregulering te verwerken. Zie hiervoor in het bijzonder artikel 16 van Bijlage 1 bij de Reguleringsovereenkomst, zoals gewijzigd bij de toetreding van Delta Netwerkbedrijf B.V. en Delta N.V. op 18 juli 2003⁷. De Raad heeft onderzoeksbureau The Brattle Group Ltd. (hierna: 'Brattle') opdracht gegeven dit onderzoek naar ORV te verrichten⁸.

⁵ Wijziging van de Overgangswet elektriciteitsproductiesector in verband met de financiering van de tegemoetkoming aan de elektriciteitsproductiesector uit de algemene middelen, Stb. 2003, 316.

⁶ Rechtsvoorganger van de Raad ten aanzien van de bevoegdheden op grond van de E-wet en de Gaswet.

⁷ Zie de instemming van partijen met wijziging van de Overeenkomst in verband met de toetreding van Delta Netwerkbedrijf B.V. en Delta N.V.

⁸ Brattle heeft gerapporteerd in haar rapport van maart 2006: *Regional Differences for Gas and Electricity Companies in the Netherlands*, zie Bijlage E bij het Methodebesluit.

19. Mede op basis van de Reguleringsovereenkomst heeft de Raad zijn beleid vormgegeven om ORV mee te nemen met ingang van de derde reguleringsperiode. De Raad merkt op dat het hem, gezien de wetsgeschiedenis, ook los van het sluiten van de Reguleringsovereenkomst vrij staat om te beslissen in hoeverre hij ORV erkent en wanneer deze ORV verwerkt worden in de tarieven.
20. Met het Brattle rapport van 2006 is de Raad geadviseerd dat waterkruisingen en precarioheffing (de zogeheten lokale heffingen) kunnen worden aangemerkt als ORV, maar andere kostenposten niet, zoals bijvoorbeeld grondsoorten als veengrond.

Geen verwerking van ORV in de x-factor

21. Voor de erkende ORV heeft de Raad besloten om beide voor de derde reguleringsperiode niet te verwerken in de x-factor. Hiervoor bestonden verschillende redenen. Ten eerste was het voortbestaan van deze ORV op dat moment onzeker. De regering was voornemens om de precarioheffing met ingang van 1 januari 2007 af te schaffen. Op dat moment was de afschaffing een reële verwachting in verband met het aannemen van een motie in de Tweede Kamer waarin daarop werd aangedrongen.⁹ Ook de waterkruisingen stonden ter discussie ten tijde van het bekendmaken van het ontwerp-methodebesluit. In nr. 37 van Bijlage A bij het methodebesluit en ook reeds in de brief van de Raad van 8 maart 2006¹⁰, houdt de Raad er rekening mee dat bij de eventuele inwerkingtreding van het Splitsingswetsvoorstel (later Wet onafhankelijk netbeheer genoemd), het beheer van de betreffende kabels overgedragen zou worden aan de landelijk netbeheerder.¹¹ Deze kabels zouden dan tot het landelijk hoogspanningsnet gaan behoren. De Raad heeft daarbij toegezegd dat hij na die overdracht (welke inmiddels heeft plaatsgevonden per 1 januari 2008), zou bekijken of de overgebleven meerkosten van DNWB ter zake van waterkruisingen nog zouden voldoen aan de door Brattle gestelde criteria voor het aanmerken als een ORV.
22. Ten tweede werd door een wijziging van de E-wet ingevolge de Wet onafhankelijk netbeheer de derde reguleringsperiode door de wetgever beperkt tot het jaar 2007. De bekorting van deze periode tot één jaar heeft gevolgen voor de verwerking van de ORV. De x-factor werkt heel geleidelijk, als gevolg waarvan de beoogde doelstellingen niet in één jaar volledig kunnen worden bereikt maar pas na verloop van een aantal jaren. Het volgen van de wettelijke systematiek in de derde reguleringsperiode zou er toe leiden dat er later ongewenste correcties moeten plaatsvinden.

⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nr. 15.

¹⁰ Brief met kenmerk 101712/764.B544.

¹¹ Ingevolge de wijziging van artikel 10 van de E-wet, zie Artikel I, Onderdeel A, van de Wet van 23 november 2006, Stb. 624.

23. Als gevolg van die uitzonderlijke omstandigheden heeft de Raad besloten om de ORV voor de derde reguleringsperiode mee te nemen bij de vaststelling van de tarieven. De Raad beoogt hiermee zo dicht mogelijk bij de beschreven wettelijke systematiek te blijven en toch te voldoen aan de opdracht van de wetgever om ORV te verwerken. Op deze wijze is verzekerd dat alle kosten over de gehele reguleringsperiode daadwerkelijk worden vergoed. In de derde reguleringsperiode worden de betreffende ORV derhalve erkend in het Methodebesluit en rechtstreeks verwerkt in het tariefbesluit. De mededelingen van de Raad over ORV in het Methodebesluit zijn enkel rechtens relevante feiten.¹² In het tariefbesluit is vervolgens het op rechtsgevolg gerichte besluit genomen om ORV-kosten te vergoeden, voor zover de Raad dit aan de orde heeft geacht.
24. Door de uitspraak van het CBB van 13 juni 2008 heeft het Methodebesluit formele rechtskracht gekregen. In deze uitspraak gaf het CBB aan de grieven van diverse partijen inzake ORV, welke grieven waren gericht tegen het voornemen van de Raad in het Methodebesluit om ORV in de tariefbesluiten te verwerken, niet te behandelen nu de overwegingen in het Methodebesluit hieromtrent niet op rechtsgevolg gericht waren. Daarmee heeft het CBB het besluit van de Raad goedgekeurd dat er in de derde reguleringsperiode geen ruimte is voor verwerking van ORV in de x-factor.
25. Vanaf de vierde reguleringsperiode elektriciteit worden de ORV conform de in nr. 17 beschreven wettelijke systematiek erkend in het methodebesluit en in de x-factor verwerkt.

Conclusie

26. Gezien het vorenstaande, concludeert de Raad dat het x-factorbesluit 2007 is gebaseerd op een methodebesluit, waarbij de Raad weliswaar in het Methodebesluit ORV heeft erkend, maar daarbij heeft besloten om de kosten daarvan niet te verwerken in het x-factorbesluit 2007. Het Methodebesluit heeft formele rechtskracht gekregen met de uitspraak van het CBB van 13 juni 2008. Daarmee staat de methode voor het bepalen van de x-factor vast en is er geen ruimte om ORV-kosten nader te verwerken in het x-factorbesluit 2007.

Gronden van bezwaar

27. Naar aanleiding van het bovenstaande komt de Raad tot het volgende oordeel ten aanzien van de aangevoerde bezwaren.

¹² Zie ook de uitspraak van het CBB van 13 juni 2008 inzake het beroep tegen het Methodebesluit, rechtsoverweging 2.4.

28. DNWB betoogt dat de Raad ORV in het x-factorbesluit 2007 ten onrechte niet met terugwerkende kracht over voorgaande periodes verwerkt, dan wel, wat betreft de waterkruisingen, onvolledig verwerkt.
29. Het Methodebesluit biedt echter geen enkele ruimte om ORV te verwerken in de x-factor. Nu in het bestreden besluit geen ORV zijn verwerkt, is er geen aanleiding om in te gaan op de stellingen dat dit met terugwerkende kracht vanaf de eerste reguleringsperiode had moeten gebeuren, dan wel dat de ORV onvolledig zijn verwerkt. De Raad wijst de bezwaren tegen het x-factorbesluit 2007 dan ook af.
30. Ten overvloede wijst de Raad erop dat de onderhavige bezwaargronden tegen het x-factorbesluit 2007 vrijwel identiek zijn aan de bezwaren van DNWB gericht tegen het tariefbesluit 2007. De Raad zal de bezwaren gericht tegen het x-factorbesluit 2007 bij de behandeling van het bezwaarschrift inzake het tariefbesluit integraal behandelen.

V. Vergoeding kosten bezwaarfase

31. In het ingediende aanvullend bezwaarschrift van 4 augustus 2008 is de Raad verzocht de kosten die in verband met de behandeling van het bezwaarschrift zijn gemaakt, op de voet van het bepaalde bij artikel 7:15 van de Awb, te vergoeden.
32. Artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, bepaalt dat de kosten van de bezwaarfase worden vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu de bezwaren van DNWB de Raad geen aanleiding geeft het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk te herroepen wegens aan de Raad te wijten onrechtmatigheid, dient dit verzoek te worden afgewezen.

VI. Besluit

33. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit besluit het volgende:

- I. verklaart het bezwaarschrift van DNWB ongegrond en laat het besluit van 5 september 2006, kenmerk: 102140_8/3, in stand;
- II. wijst het door DNWB ingediende verzoek om vergoeding van de door haar gemaakte kosten in deze bezwaarprocedure ex artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, af.

Den Haag, 21 april 2009

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

Wg.
Drs. R.J.P. Jansen
Lid van de Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.