

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 103078_8/22

Betreft zaak: bezwaren van N.V. Rendo tegen het x-factorbesluit RN4E voor N.V. Rendo

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit houdende de beslissing op de bezwaren van RENDO tegen het besluit tot vaststelling van de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en de rekenvolumes, als bedoeld in artikel 41a, eerste lid van de Elektriciteitswet 1998, voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 voor N.V. RENDO

I. Inleiding

1. Bij besluit van 29 november 2008, met kenmerk 102612_9/1 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'de Raad') de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering, de kwaliteitsterm en de rekenvolumes, als bedoeld in artikel 41a, eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: 'E-wet'), voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 voor N.V. RENDO (hierna: 'RENDO') vastgesteld. Dit besluit wordt hierna aangeduid als het x-factorbesluit.
2. Bij brief van 9 oktober 2008 heeft RENDO bezwaar gemaakt tegen het x-factorbesluit.
3. In overleg is het bezwaarschrift aangehouden vanwege het door RENDO ingestelde beroep tegen het Methodebesluit (hierna: 'het Methodebesluit') in de zin van artikel 41, eerste lid, van de E-wet voor de periode 2008 – 2010 (hierna: 'de vierde reguleringsperiode elektriciteit') en is de termijn voor het aanvullen van de gronden gesteld op uiterlijk 6 weken na de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'CBb') in de beroepsprocedure tegen het Methodebesluit.
4. Op 29 juni 2010 heeft het CBb uitspraak gedaan in de beroepsprocedure tegen het Methodebesluit.¹ Bij brief van 30 juli 2010 is RENDO in de gelegenheid gesteld aan te geven of zij haar bezwaar wenst te handhaven, mede gezien in het licht van de uitspraak van het

¹ Awb08/746, Awb08/760 tot en met Awb08/765; LJN: BM9474.

CBb. Indien het bezwaar zou worden gehandhaafd dienden de aanvullende gronden van bezwaar uiterlijk zes weken na dagtekening van die brief door de NMa te zijn ontvangen. De gronden van bezwaar zijn aangevuld op 27 augustus 2010.

5. Bij brief van 13 oktober 2010 is aan RENDO medegedeeld dat, hoewel het CBb het Methodebesluit voor de vierde reguleringsperiode heeft vernietigd, de behandeling van het onderhavige bezwaarschrift zal worden voortgezet, voor zover dat niet ziet op de doorwerking van een nieuw vast te stellen Methodebesluit.
6. Bij brief van 9 november 2010 is aan RENDO bevestigd dat de eerder geplande hoorzitting met instemming van RENDO geen doorgang zal vinden, gelet op de omstandigheden als genoemd in het vorige randnummer.
7. Bij brief van 19 november 2010 heeft RENDO aangegeven dat haar bezwaarschrift tevens gronden bevat die geen relatie hebben met het Methodebesluit als zodanig. RENDO heeft met het laten vervallen van de hoorzitting niet de intentie gehad de mogelijkheid deze gronden mondeling toe te lichten te laten vervallen. Tevens heeft RENDO aangegeven dat haar behoefte tot een hoorzitting afhankelijk was van een beslissing op bezwaar in zaaknummer 102998_6/26. Deze beslissing op bezwaar is inmiddels door RENDO ontvangen en heeft RENDO geen aanleiding gegeven alsnog van de mogelijkheid gebruik te maken te worden gehoord op het onderhavige bezwaarschrift. Wel verzoekt RENDO om inzage in een aantal bescheiden en berekeningen die de Raad kennelijk heeft gehanteerd bij de vaststelling van de bestreden besluiten.
8. Bij brief van 2 november 2010 heeft de Raad het verzoek van RENDO om inzage in documenten en berekeningen gemotiveerd afgewezen.
9. Bij brief van 1 maart 2011 heeft de Raad RENDO een nadere termijn gesteld voor het indienen van eventuele resterende gronden van bezwaar tot 7 maart 2011. RENDO heeft bij brief van 1 maart 2011 nog aanvullende gronden ingediend.
10. Bij besluit van 5 augustus 2011 heeft de Raad de doelmatigheidskorting in de zin van artikel 41a, eerste lid, aanhef en onder a, b en c van de E-wet voor RENDO, voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 gewijzigd vastgesteld (kenmerk 10383_7/3). Op grond van artikel 6:19, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb') richt het bezwaarschrift van RENDO van 9 oktober 2008 zich tevens tegen dit wijzigingsbesluit. Het x-factorbesluit en het wijzigingsbesluit worden hierna gezamenlijk aangeduid als "de bestreden besluiten".

11. In een telefoongesprek van 18 oktober 2011 heeft RENDO er mee ingestemd af te zien van een hoorzitting.

II. Juridisch kader

12. Het wettelijk kader luidt, voor zover hier van belang:

Elektriciteitswet:

Artikel 41, eerste lid:

“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 rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld, vast. Het besluit tot vaststelling van de methode geldt voor een periode van ten minste drie en ten hoogste vijf jaar.”

Artikel 41, derde lid:

“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, eerste lid:

“Ten behoeve van het voorstel, bedoeld in artikel 41b, stelt de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit voor iedere netbeheerder afzonderlijk voor dezelfde periode als waarvoor het besluit geldt op grond van artikel 41, eerste lid, vast:

- a. de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering,
- b. de kwaliteitsterm, en
- c. het rekenvolume van elke tariefdrager waarvoor een tarief wordt vastgesteld.”

III. Gronden van bezwaar

13. In het hierna volgende worden de bezwaren van RENDO tegen de bestreden besluiten samengevat weergegeven.
14. RENDO is van oordeel dat de Raad bij de berekening van de x-factor voor RENDO een onjuist bedrag aan ORV lokale heffingen heeft gehanteerd. Zij licht dit als volgt toe.
15. In het model wordt gerekend met een start gestandaardiseerde activawaarde (hierna: GAW) afgekochte precario per ultimo 2000 van EUR 9.214247 en een afschrijvingstermijn over dat bedrag van 18 jaar. RENDO heeft in haar opgave van het data-verzoek echter aangegeven per 1 januari 1999 een bedrag aan afgekochte precario te hebben van EUR10.969.341. De precario is eeuwigdurend afgekocht.
16. Op grond van de Regulatorische Accounting Regels Elektriciteit (hierna: RAR) zou het bedrag lineair in 20 jaar moeten worden afgeschreven. De Raad heeft echter over de eerste twee jaren de afschrijvingsbedragen berekend over een afschrijvingstermijn van 12,5 jaar. Het is RENDO niet duidelijk waarom de Raad bij de bepaling van de omvang ORV lokale heffingen afwijkt van de RAR. De Raad heeft dit niet gemotiveerd.

Verzoeken vergoeding kosten bezwaarfase

17. RENDO verzoekt om vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, die zij heeft gemaakt voor het voeren van onderhavige bezwaarprocedure.

IV. Overwegingen ten aanzien van de bezwaargronden

18. RENDO is van oordeel dat de Raad een onjuiste afschrijvingstermijn heeft gehanteerd voor de bepaling van de start GAW voor het bedrag aan de ORV lokale heffingen. De Raad hanteert een termijn van 12,5 jaar. Hierdoor nemen de heffingen in de jaren 1999 en 2000 af met inachtneming van een afschrijvingstermijn van 12,5 jaar, terwijl de Raad volgens RENDO conform de RAR een termijn van 20 jaar had moeten hanteren.
19. Naar het oordeel van RENDO had de Raad bij de bepaling van de hoogte van het bedrag aan ORV lokale heffingen moeten uitgaan van een systematiek waarbij een lineaire afschrijving plaatsvindt over een termijn van 20 jaar, te rekenen vanaf 1 januari 1999.
20. De Raad verstaat het bezwaar van RENDO aldus, dat de Raad opnieuw de jaarlijkse bedragen had moeten vaststellen met een lineaire afschrijving van 20 jaar, vanaf 1 januari 1999 tot en met de 31 december 2019, en dat de Raad met deze afschrijvingscurve de startwaarde van de

GAW had moeten bepalen per 1 januari 2001. Deze systematiek leidt er toe dat de startwaarde van de GAW, naar het oordeel van RENDO, zou moeten worden vastgesteld op EUR 9.872.407, in plaats van het bedrag van EUR 9.214.247 dat conform de berekening van de Raad als startwaarde van de GAW is vastgesteld.

21. Dit bezwaar van RENDO dient ongegrond te worden verklaard. De Raad licht dit als volgt toe.
22. De Raad merkt vooreerst op dat hem bij het vaststellen van de doelmatigheidskorting een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Dit vindt bevestiging in de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) inzake de bevoegdheden van de Raad met betrekking tot de vaststelling van de methode van regulering voor de netbeheerders elektriciteit en gas, zoals die zijn vastgelegd in de artikelen 41 en volgende van de Elektriciteitswet 1998 en de artikelen 81 en volgende van de Gaswet. Zo overwoog het CBB in zijn uitspraak van 13 juni 2008 met betrekking tot het methodebesluit voor de Regionale Netbeheerders elektriciteit voor de derde reguleringsperiode:²

“Uit artikel 41, derde lid, voornoemd, kan worden afgeleid dat met de korting ter bevordering van de doelmatige bedrijfsvoering (x-factor) onder meer wordt beoogd te bewerkstelligen dat alle netbeheerders vanuit een gelijkwaardige uitgangssituatie, efficiënt gaan opereren. Dit oogmerk wordt aangeduid als het principe van een gelijk speelveld. Uit het gebruik in voornoemde bepaling van de begrippen “bevorderen” en “gelijkwaardigheid”, en de omstandigheid dat geen wettelijk voorschrift verweerder beperkt in zijn keuze voor een bepaalde methode ter vaststelling van de x-factor, volgt dat verweerder bij het maken van de keuze op welke wijze genoemde doelstelling het best kan worden gerealiseerd, de nodige beoordelingsruimte toekomt, waarbij in beginsel verschillende rechtmatige benaderingen denkbaar zijn.”

23. In de uitspraak van 13 december 2007 met betrekking tot het methodebesluit voor de tweede reguleringsperiode voor de regionale netbeheerders gas overwoog het CBB³:
- “bij gebreke van een wettelijk voorschrift dat verweerder ter zake beperkt bij zijn keuze voor de ene of de andere methode, komt verweerder een zekere vrijheid toe, (...)”* en

“Gegeven de door artikel 81a voorgeschreven systematiek en met inachtneming van de vrijheid die verweerder bij de ter zake te maken keuzes toekomt, (...)”⁴

² CBB 13 juni 2008, LJN: BD5228, r.o. 6.1.1.

³ CBB 13 december 2007, LJN BC0053, r.o. 5.5. Dit betreft weliswaar een uitspraak in het kader van de regulering op grond van de Gaswet. De reguleringssystematiek op grond van de Gaswet is op dit onderdeel echter gelijk aan die van de E-wet.

⁴ CBB 13 december 2007, LJN BC0053, r.o. 5.8

24. Daar waar de Raad bij de vaststelling van deze methode een zekere vrijheid heeft met betrekking tot de te maken keuzes, heeft de Raad deze ook bij het vaststellen van de doelmatigheidskorting zelf. Het vaststellen van de doelmatigheidskorting is immers een uitvloeisel van de vaststelling van de methode en wordt voor wat betreft de daarbij te maken keuzes niet beperkt door wettelijke voorschriften anders dan de vaststelling van de methode. De Raad dient deze keuze echter wel te motiveren.
25. Bij de bepaling van de GAW afgekochte precarioheffingen per 1 januari 2004 heeft de Raad de door onderzoeksbureau Brattle vastgestelde waarden als uitgangspunt genomen⁵. Bij de vaststelling van deze waarden heeft Brattle zich gebaseerd op de wijze van boekhouden van RENDO zelf, overeenkomstig de met de netbeheerders bereikte overeenstemming hierover. Met het overnemen van de door Brattle vastgestelde waarde, op basis van de – door een accountant goedgekeurde – eigen administraties van de netbeheerders, heeft de Raad een keuze gemaakt voor een objectief en betrouwbaar vast te stellen waarde voor afgekochte precario rechten. Binnen de hem toekomende beoordelingsvrijheid heeft de Raad hier in redelijkheid voor kunnen kiezen. Deze wijze van vaststellen van afgekochte precarioheffingen is voor alle netbeheerders die deze heffingen hadden afgekocht, uniform toegepast. Daarmee is de waarde van GAW afgekochte precarioheffingen voor RENDO op gelijke wijze vastgesteld als voor alle andere netbeheerders.
26. Tussen partijen is niet in geding dat er een afschrijvingstermijn van 20 jaar moet worden gehanteerd. De Raad hanteert immers ook een afschrijvingstermijn van 20 jaar voor de door RENDO afgekochte precario te rekenen vanaf 1 januari 1999. Kern van het bezwaar is dat de Raad een andere systematiek hanteert bij de vaststelling van de startwaarde van de GAW per 1 januari 2001, doordat de Raad rekening houdt met de hoogte van de afschrijvingen die door RENDO inmiddels feitelijk zijn verricht en verantwoord in haar administratie over de periode van 1 januari 1999 tot 1 januari 2001 met de daarbij RENDO gehanteerde afschrijvingstermijn van 12,5 jaar..
27. Indien de Raad de redenering van RENDO zou volgen, wordt voorbij gegaan aan het feit dat RENDO reeds een vergoeding heeft ontvangen over de periode van 1 januari 1999 tot 1 januari 2001 voor de kapitaalskosten verband houdende met de ORV lokale heffingen in de tarieven. Immers, de kosten voor lokale heffingen waren in de eerdere reguleringsperiodes nog onderdeel van de maatstaf, zodat de kosten voor lokale heffingen in de bepaling van de toegestane eindinkomsten deels vergoed zijn. De afschrijvingen op het bedrag aan lokale heffingen die RENDO vanaf 1 januari 1999 tot 1 januari 2001 heeft gedaan, heeft zij derhalve

⁵ Deze waarden zijn neergelegd in een rapport van de Brattle Group van maart 2006 met de titel "Regional differences for gas and Electricity companies in the Netherlands".

al deels in de tarieven vergoed gekregen, althans is haar de mogelijkheid geboden deze in de tarieven vergoed te krijgen. Gelet op het voorgaande is het dan ook niet gerechtvaardigd om de startwaarde van de GAW voor de ORV lokale heffingen voor RENDO per 1 januari 2001 vast te stellen aan de hand van het totale bedrag aan kosten met een lineaire afschrijving per 1 januari 1999. In dat geval zou er immers een hogere boekwaarde voor het resterende bedrag aan betaalde precario ontstaan, hetgeen leidt tot hogere tariefinkomsten. Het toestaan van hogere tariefinkomsten, zonder dat daar hogere kosten tegenover staan, komt evident in strijd met de methode van regulering als zodanig.

V. Vergoeding van kosten bezwaarfase

28. De Raad heeft de bezwaren van RENDO ongegrond verklaard. Als gevolg daarvan wordt het verzoek van RENDO om een vergoeding van de proceskosten ex artikel 7:15, tweede lid, Awb, afgewezen.

VI. Besluit

29. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren van N.V. RENDO ongegrond;
- II. wijst het door N.V. RENDO 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, 6 december 2011

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

W.g.

Chris Fonteijn

Voorzitter 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.