

Aangetekend en vooraf per e-mail (secretariaat.DE@acm.nl)

Autoriteit Consument en Markt
Directie Energie
Muzenstraat 41
2511 WB DEN HAAG



Amsterdam, 21 november 2014

Uw ref. : Zaaknr. 14.0661.14
Betreft : Schriftelijke zienswijze van Liander N.V. ten aanzien van het ontwerpbesluit van de Autoriteit Consument en Markt van 16 oktober 2014 strekkende tot intrekking van de ontheffing ex artikel 15 van de Elektriciteitswet 1998 van NXP Semiconductors Netherlands B.V.
Tel direct : 020-530 5212
E-mail : martha.brinkman@steklaw.com / janerik.janssen@steklaw.com

Geachte heer, mevrouw,

1. Inleiding

- Op 16 oktober 2014 heeft de Autoriteit Consument en Markt ('ACM') een ontwerpbesluit met kenmerk ACM/DE/2014/205193 en zaaknummer 14.0661.14 ter inzage gelegd (het '**ontwerpbesluit**'). Het ontwerpbesluit strekt tot intrekking van het besluit van ACM van 19 februari 2014 met kenmerk ACM/DE/2014/200692 en zaaknummer 13.0260.30 als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 inzake de verlening van een ontheffing van de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen aan NXP Semiconductors Netherlands B.V. ('NXP') (het '**bestreden besluit**'). Deze intrekking geschiedt naar aanleiding van het herzieningsverzoek van Liander N.V. ('**Liander**') aan ACM van 21 mei 2014 (het '**herzieningsverzoek**').
- Liander maakt hierbij graag gebruik van door u geboden gelegenheid om uiterlijk op 27 november 2014 een schriftelijke zienswijze in te dienen ten aanzien van het ontwerpbesluit.

II. Zienswijze op het ontwerpbesluit

3. Liander stelt voorop dat zij zeer op prijs stelt dat ACM in het ontwerpbesluit het herzieningsverzoek heeft ingewilligd. Vanzelfsprekend onderschrijft Liander het ontwerpbesluit en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen.
4. Graag maakt Liander hierbij van de gelegenheid gebruik om nogmaals kort het belang van het ontwerpbesluit te onderstrepen evenals een beperkt aantal aanvullende opmerkingen te plaatsen.
5. Voor de goede orde wenst Liander hierbij tevens aan te geven dat zij de standpunten van NXP, zoals naar voren gebracht in de reactie van 25 juni 2014 van NXP op het herzieningsverzoek (de **'reactie van 25 juni 2014'**), met klem betwist.

II.1 Juiste kwalificatie

6. Het herzieningsverzoek en bijgevolg ook het ontwerpbesluit zien in de kern op de vraag hoe de onderdelen moeten worden gekwalificeerd die zich, gezien vanuit het openbare net van TenneT TSO B.V. (**'TenneT'**), bevinden achter het contractuele overdrachtpunt van de aansluiting van NXP op het net van TenneT. Deze onderdelen worden door NXP in het vrije domein geleased van Liander Infra Oost N.V. en in opdracht van NXP beheerd door Liandon B.V. De desbetreffende onderdelen worden door ACM in het ontwerpbesluit (randnr. 16) opgesomd en gezamenlijk aangeduid als het **'inkoopstation'**. In het bijzonder gaat het om de vraag of het inkoopstation kwalificeert als een (op zichzelf staand) net in de zin van artikel 1, eerste lid, onder i, Elektriciteitswet 1998 (**'E-wet'**), dan wel of het inkoopstation als hulpmiddel onderdeel uitmaakt van de installatie *c.q.* het gesloten distributiesysteem (**'GDS'**) van NXP.¹
7. Zeer terecht oordeelt ACM in het ontwerpbesluit (randnrs. 36 en 37) dat deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de wettelijke definitie van een 'net' als opgenomen in artikel 1, eerste lid, onder i, E-wet en de jurisprudentie waarin verduidelijkt is wanneer sprake is van een net (namelijk wanneer op een stelsel van verbindingen meerdere onderscheiden rechtspersonen als producent of afnemer zijn aangesloten).² Deze definitie en in de jurisprudentie ontwikkelde toets moeten worden ingevuld aan de hand van de feitelijke situatie.

¹ De installatie achter het overdrachtpunt stond uitsluitend ten dienste van NXP totdat Kadans Vastgoed B.V. daarop is aangesloten. De installatie is daardoor gaan kwalificeren als het GDS van NXP. Zie hierover het herzieningsverzoek, randnr. 12.

² CBb 23 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX4120.

8. Wanneer deze maatstaf wordt toegepast, komt ACM (in randnr. 38) terecht tot het oordeel dat het inkoopstation niet kan kwalificeren als een (op zichzelf staand) net tussen het GDS van NXP en het net van TenneT in. Gelet op de relevante feiten, waaronder de functie en het feitelijk beheer en gebruik, moet het inkoopstation veeleer worden gezien als een hulpmiddel dat ten dienste staat aan het GDS van NXP. Gelet op artikel 1, eerste lid, onder i, E-wet, maakt het inkoopstation daarom ook deel van uit van het GDS.
9. Anders dan in het bestreden besluit (randnr. 39) is overwogen en door NXP (onder meer in de reactie van 25 juni 2014) is betoogd, is de juridische eigendom van het inkoopstation voor de kwalificatie daarvan irrelevant. De juridische eigendom komt als criterium immers niet terug in de definitie van een 'net' in de E-wet. Het komt ook niet terug in de hiervoor bedoelde jurisprudentie waarin voor de kwalificatie van een 'net' nadere criteria zijn ontwikkeld. Zoals duidelijk volgt uit de tekst van artikel 10, derde lid, E-wet en artikel 15, eerste lid, E-wet, is de juridische eigendom eerst en uitsluitend relevant voor de vraag *wie* voor een 'net' – voor zover daarvan gelet op de wettelijke definitie en jurisprudentie sprake is – een netbeheerder moet aanwijzen, dan wel van de verplichting om een netbeheerder aan te wijzen een ontheffing kan aanvragen. Het verheugt Liander dat ACM dit onderscheid terecht en duidelijk in het ontwerpbesluit (randnr. 37) heeft verwoord.
10. Inmiddels is ook door de Rechtbank Rotterdam bevestigd dat voor de precieze afbakening van een net respectievelijk de daarop aangesloten installatie niet de eigendomsverhoudingen, maar de wettelijke definities ingevuld aan de hand van de concrete feitelijke situatie bepalend zijn. Dit heeft de Rechtbank Rotterdam overwogen in twee vonnissen van 10 september 2014 in de zaak *Stedin/Du Pont*.³ In deze zaak ging het, onder meer, om de kwalificatie van twee door Du Pont van Stedin gehuurde transformatoren, die zich – vanuit het openbare net van Stedin bezien – achter het contractueel overeengekomen overdrachtpunt aan de installatiezijde bevinden. Du Pont stelde zich op het standpunt dat de twee transformatoren, gelet op het feit dat zij juridisch eigendom zijn van N.V. Eneco, kwalificeren als op zichzelf staand (openbaar) net dat in beheer zou moeten zijn van Stedin (r.o. 7.11). De rechtbank heeft deze redenering verworpen. De rechtbank heeft in dit verband overwogen dat de transformatoren niet tot het openbare net behoren. Dit volgt uit het feit dat de transformatoren zich bevinden achter het door partijen zelf overeengekomen overdrachtpunt, *i.e.* door partijen zelf gemaakte afspraken omtrent de afbakening van de installatie. Voorts is de rechtbank met Stedin van oordeel dat de transformatoren gelet op de wettelijke definitie van een net in artikel 1, eerste lid, onderdeel i, E-wet geen onderdeel kunnen uitmaken van het net

³ Zie Rechtbank Rotterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7537, r.o. 7.9-7.14. Deze overwegingen zijn bevestigd in het tussen dezelfde partijen gewezen vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 10 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7536, r.o. 4.2.

van Stedin nu zij – zo blijkt uit de feitelijke situatie en afspraken – als hulpmiddel zijn gelegen binnen de installatie van de afnemer (r.o. 7.9 t/m 7.11).

11. Liander hecht eraan om nogmaals te onderstrepen dat met de herziening van het bestreden besluit en de vaststelling van de terechte en juiste overwegingen in het ontwerpbesluit (randnrs. 36 t/m 38) een zeer onwenselijk precedent is afgewend. Indien het bestreden besluit – met daarin de juridische eigendom als zelfstandige maatstaf voor de kwalificatie van infrastructuur als een ‘net’ – in stand zou zijn gebleven, zou dat een precedent opleveren dat in strijd zou zijn met de wet en vaste jurisprudentie. Bovendien zou het precedent grote rechtsonzekerheid zou scheppen voor eigenaren en gebruikers van infrastructuur in het vrije domein met uiteenlopende financierings- en eigendomsconstructies.

Liander verwijst naar hetgeen zij hierover heeft opgemerkt in het herzieningsverzoek, randnrs. 36 en 54.

Ook verwijst Liander nogmaals naar het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 10 september 2014⁴ waaruit blijkt dat Du Pont heeft proberen te betogen dat “[v]oor de beantwoording van de vraag van welk net de transformatoren onderdeel uitmaken, gekeken [moet] worden naar wie de juridische eigenaar [is]. Dit is beslist in de zaak tussen NXP en Liander” (r.o. 3.3). Terecht is deze uit het bestreden besluit voortvloeiende redenering nu door zowel de Rechtbank Rotterdam als ACM (in het ontwerpbesluit) verworpen.

II.2 Consequenties van het besluit

12. In het ontwerpbesluit (randnr. 39) verbindt ACM aan het feit dat NXP niet de juridische eigendom heeft van het inkoopstation dat als hulpmiddel onderdeel uitmaakt van het GDS de consequentie dat NXP geen ontheffing toekomt. ACM stelt in dit verband dat artikel 15, eerste lid, E-wet vereist dat “*de aanvrager beschikt over de eigendom van het GDS*”. Nu NXP “*niet beschikt over de juridische eigendom van het gehele GDS*” (onderstreping toegevoegd), wordt naar mening van ACM niet voldaan aan artikel 15, eerste lid, E-wet.
13. Liander zou in dit verband aandacht willen vragen voor het feit dat het woord “*gehele*” niet terugkomt in artikel 15, eerste lid, E-wet. Liander vraagt zich in dit verband af of artikel 15, eerste lid, E-wet inderdaad zo streng moet worden uitgelegd dat er geen ruimte bestaat voor alternatieve financierings- en eigendomsconstructies voor ondergeschikte onderdelen van het GDS, zoals hulpmiddelen die daaraan ten dienste staan. Zo lang de aanvrager de eigendom heeft van de hoofdbestanddelen van het GDS ziet Liander niet in waarom een ontheffing niet

⁴ ECLI:NL:RBROT:2014:7536.

mogelijk zou zijn, enkel vanwege een alternatieve eigendomsconstructie voor een ondergeschikt deel van het GDS. Dit te meer omdat – zo onderkent ACM ook in het ontwerpbesluit (randnr. 37) – de term “eigenaar” als genoemd in artikel 15, eerste lid, E-wet primair in dat artikel lijkt te zijn opgenomen om te identificeren *wie* de ontheffing mag aanvragen. Die identificatie wordt niet gefrustreerd door het feit dat NXP ten behoeve van haar GDS het inkoopstation als hulpmiddel huurt. Het is immers nog steeds evident dat het GDS van NXP is. Liander ziet geen aanknopingspunten voor de redenering dat artikel 15, eerste lid, zou beogen veilig te stellen dat een GDS-eigenaar ook echt het “gehele” GDS in eigendom heeft, inclusief ieder hulpmiddel als ondergeschikt onderdeel daarvan.

14. Liander vraagt aandacht voor dit punt omdat de strikte uitleg van ACM als consequentie heeft dat NXP, ondanks het feit dat het evident gaat om een GDS dat aan haar toebehoort, een ontheffing wordt ontzegd. Dit heeft als gevolg dat zij, enkel vanwege het feit dat zij ten behoeve daarvan een hulpmiddel huurt, haar GDS in beheer en in (economische) eigendom aan Liander zal moeten overdragen, behoudens voor zover zij met Liander tot een alternatieve oplossing kan komen. Dit komt Liander voor als een voor beide partijen onwenselijke en niet noodzakelijke consequentie.

II.3 Overige opmerkingen

15. Voor de goede orde wenst Liander ACM nog te wijzen op een mogelijke verschrijving in het ontwerpbesluit (randnr. 7). Daar schrijft ACM dat het ontwerpbesluit mede aan Enexis is toegezonden. Het komt Liander voor dat hier niet Enexis maar TenneT wordt bedoeld.
16. Verder wenst Liander op te merken dat het ontwerpbesluit (in randnr. 18) nog een feitelijke onjuistheid bevat. Het betreft de opsomming van de onderdelen waaruit het inkoopstation bestaat, *i.e.* de onderdelen die door NXP in het vrije domein worden geleased. (Zie de opsomming in de lease-overeenkomst (p. 12) die Liander als bijlage 5 bij haar herzieningsverzoek heeft overgelegd.) Zoals Liander in het herzieningsverzoek (randnr. 14) heeft toegelicht, is in 2003 voor deze onderdelen een opstalrecht gevestigd ten behoeve van (de rechtsvoorgangster van) Liander Infra Oost N.V. Dit om de lease-constructie mogelijk te maken en de natrekking aan eigendommen van NXP te voorkomen. In het ontwerpbesluit (randnr. 16) is de opsomming van de onderdelen uit de akte uit 2003 overgenomen. Zoals Liander tevens heeft toegelicht is dit opstalrecht op 14 oktober 2009 gerectificeerd in die zin dat tevens een opstalrecht is gevestigd ten behoeve van “*de eenhonderd vijftig kilo Volt (150 kV) schakelinstallatie*”. Deze 150 kV-schakelinstallatie is in 2009 dus nog toegevoegd aan de lijst onderdelen die ACM in het ontwerpbesluit (randnr. 16) heeft geciteerd. Anders dan ACM (in randnr. 18) stelt, is in 2011 alleen het opstalrecht ter zake van laatstgenoemde in 2009 toegevoegde 150 kV-schakelinstallatie overgedragen aan Nadine Netwerk B.V. Dat

betreft dus niet het “*onderdeel c van de opsomming in randnummer 15*”. Geen van de onderdelen die ACM (in randnr. 16, niet “*randnummer 15*”) citeert is aan Nadine Netwerk B.V. overgedragen. Dat zijn immers allemaal onderdelen achter het overdrachtpunt in het vrije domein, zoals opgesomd in de hiervoor genoemde lease-overeenkomst.

Liander verwijst in dit verband opnieuw naar de notariële akte die NXP als bijlage 4 bij haar brief van 18 juli 2013 aan ACM (met PV-nr. 20131493) heeft overgelegd. In deze notariële akte wordt een en ander duidelijk geformuleerd op pagina 5 onderaan en pagina 6 bovenaan.

17. Ten slotte staat in het ontwerpbesluit (randnr. 19) dat Liander Infra Oost N.V. “*onderdeel is van Liander*”. Zuiverder zou zijn indien zou worden opgenomen dat Liander Infra Oost N.V. een dochtervennootschap is van Liander.
18. Liander verzoekt ACM om dit aan te passen.

III. Conclusie

19. Uit het voorgaande volgt dat Liander het ontwerpbesluit onderschrijft en ACM verzoekt om het ontwerpbesluit, althans in ieder geval randnrs. 12 t/m 17, 21 t/m 24, 30, 31 en 35 t/m 38, ongewijzigd over te nemen in het definitieve op het herzieningsverzoek te nemen besluit.
20. Daarvoor zegt Liander ACM bij voorbaat dank.

Hoogachtend,



Martha Brinkman / Jan Erik Janssen